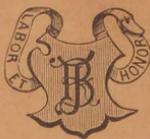
Nuova Collezione di Opere Giuridiche - N. 131.

Avv. ALFREDO ROCCO

Professore di diritto nella R. Università di Macerata.

# LA SENTENZA CIVILE

## STUDI

TORINO

FRATELLI BOCCA EDITORI

MILANO Corso Vittorio Em., 21. — ROMA Corso Umberto I, 216-17. — FIRENZE (F. Lumachi succ.).

Depositario per la Sicilia: Orazio Fiorenza - Palermo.

1906

# Nuova Collezione di Opere Giuridiche

*Volumi pubblicati:*

N.° 1. **Carle** J., De exceptionibus in Jure Romano. 1 vol. in-8° . . L. 3. —
„ 2. **Carrara** F., Lineamenti di pratica legislativa penale. 2ª ediz. „ 8. —
„ 3. **Carle** G., La vita del Diritto. 2ª ediz. 1890 . . . . . . . „ 12. —
„ 4. **Codice Penale dello Impero Germanico**, trad. da Gualtierotti-Morelli e D. Feroci, con un rag. critico e note dei Proff. P. Ellero e F. Carrara . . . . . . . . . . . . . . . . . „ 3. 50
„ 5-9. **Galluppi** E., Istituz. di dir. commerciale. 2 vol. (esaurito).
„ 6-28. **Pescatore** M., Filosofia e Dottrine Giuridiche. 2 vol. . . „ 18. —
„ 7. **Del Vecchio** A., La Legislazione di Federico II Imperatore, ill. „ 5. —
„ 8. **Amar** M., Dei Diritti degli autori di opere dell'ingegno . . „ 11. —
„ 10. **Mattirolo** L., Trattato di diritto giudiziario civile italiano. Vol. 1°, 5ª edizione . . . . . . . . . . . . . . . . . „ 18. —
„ 13. Detto Vol. 2°. 1 vol. in-8°. 5ª edizione . . . . . . „ 18. —
„ 17. Detto Vol. 3°. 1 vol. in-8° Id. . . . . . . „ 20. —
„ 22. Detto Vol. 4°. 1 vol. in-8° Id. . . . . . . „ 22. —
„ 29. Detto Vol. 5°. 1 vol. in-8° Id. . . . . . . „ 20. —
„ 30. Detto Vol. 6°. 1 vol. in-8° Id. in preparazione.
„ 46. Indice esegetico dei sei volumi della 4ª edizione . . . . . „ 6. —
„ 11. **Supino** D., Le operazioni di Borsa . . . . . . . . . . „ 4. —
„ 12. **Galluppi** E., Dei titoli al Portatore (esaurito).
„ 14. **Galluppi** E., La Dote, secondo il diritto civile Italiano (esaurito).
„ 15-16-18-19-20-23-26 e 27. **Saluto** F., Commenti al Codice di Procedura Penale. 8 vol. in-8°, 3ª edizione 1884 . . . . . . . „ 80. —
„ 21. **Brandileone** F., Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve del Regno di Sicilia . . . . . . . . . . . . . . . . . „ 4. —
„ 24-25. **Tartufari** A., Trattato del Possesso come titolo di diritti (esaurito).
„ 31. **Cocito** F., La parte civile in materia penale. 1 vol. in-8° . . „ 6. —
„ 32. **Fazio** G., Trattato sulla Perenzione. 1 vol. in-8° . . . . . „ 4. —
„ 33. **Cogliolo** P., Trattato dell'eccezione di cosa giudicata. Vol. I° „ 10. —
„ 34. **Losana**, Delle successioni testamentarie secondo il Cod. Civ. It. „ 10. —
„ 35. **La Mantia**, Storia della Legislazione in Italia. Vol. I, in-8° „ 14. —
„ 36. **Quartarone**, Il diritto agli alimenti e le azioni alimentarie secondo il Codice Civile e di Procedura Civile d'Italia. 2ª ed. . „ 4. —
„ 37. **Chironi**, La Colpa nel dir. civ. odierno. Colpa contrattuale. 2ª ed. „ 15. —
„ 38. Detto id. id. Colpa extra contrattuale. Vol. 1°, 2ª ed. „ 12. —
„ 39. Detto id. id. id. id. id. Vol. 2°, „ 15. —
„ 40. **Lessona** S., Elementi di diritto penale positivo sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio . . . . . . . . . . . . . . „ 4. —
„ 41. **Hölder**, Istituzioni di Diritto Romano . . . . . . . . „ 7. —
„ 42. **Paoli** B., Del matrimonio rispetto ai beni . . . . . . . „ 5. —
„ 43. **Manara**, Gli atti di commercio . . . . . . . . . . . . „ 10. —
„ 44. **Alimena**, La premeditazione (2ª edizione in preparazione).

# LA SENTENZA CIVILE

Avv. ALFREDO ROCCO
Professore di diritto nella R. Università di Macerata.

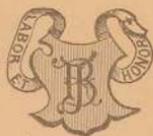
# LA SENTENZA CIVILE

STUDI

TORINO
FRATELLI BOCCA EDITORI

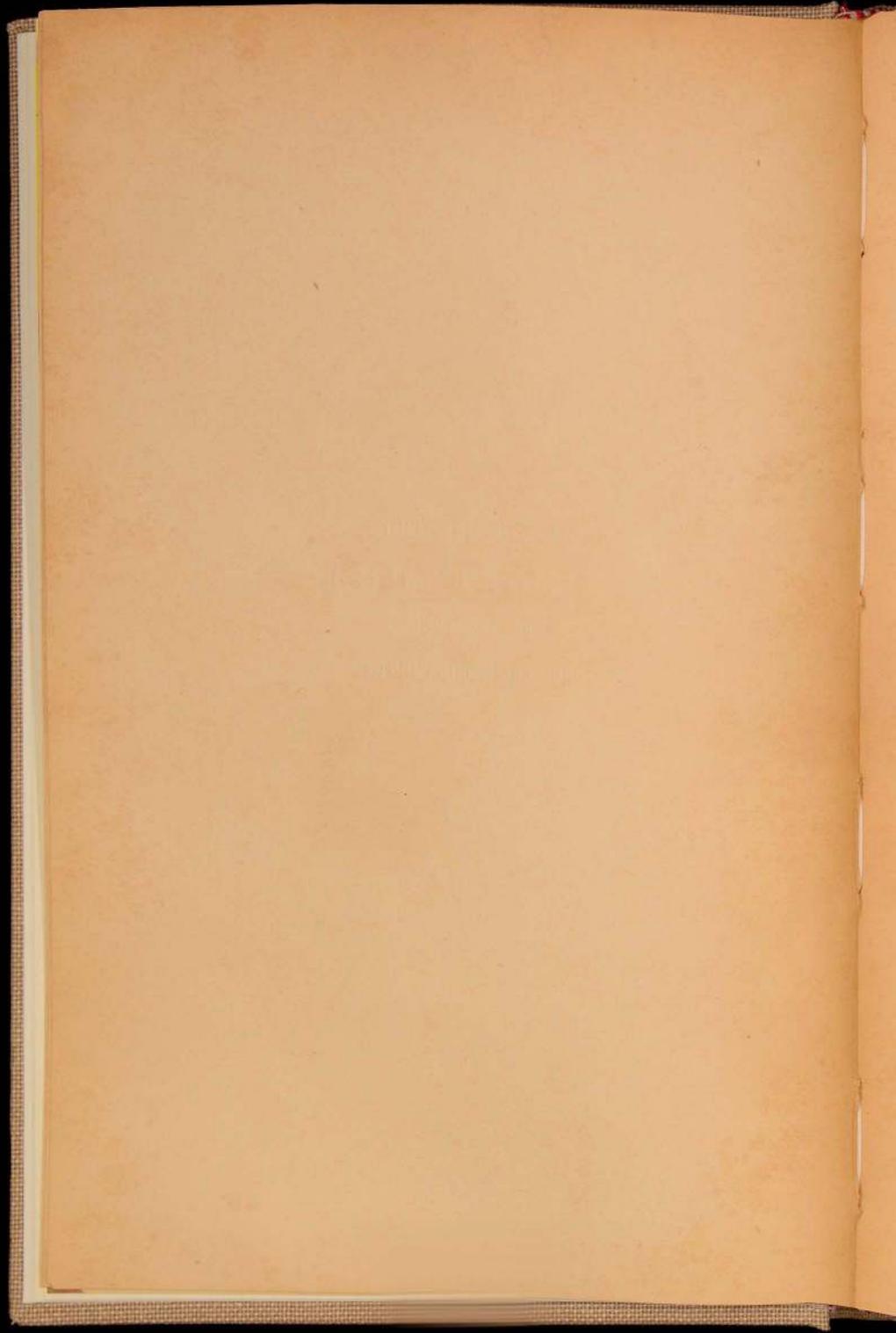
MILANO Corso Vittorio Em., 21. — ROMA Corso Umberto I, 216-17. — FIRENZE (F. Lumachi succ.).

Depositario per la Sicilia: Orazio Fiorenza - Palermo.

1906

AL MIO MAESTRO

CARLO FADDA

NEL XXV ANNO

DEL SUO INSEGNAMENTO

# PREFAZIONE

Questo libro non è, e non vuol essere, un trattato sulla sentenza civile; la dottrina della sentenza riassume in sè la dottrina dell'intero processo, ed un trattato di tal fatta, sarebbe, in ultima analisi, un trattato di diritto processuale civile. Questi *studî* concernono invece soltanto una parte della teoria della sentenza: quella che si potrebbe dire la *parte generale*, se pure di una parte generale è lecito parlare, in una dottrina, che è tutta, per sua natura, d'indole generale. Ma, anche limitato in tal guisa, il campo rimane ancora ben vasto, e il còmpito di chi si accinga a mieterlo, singolarmente difficile. Non v'è, quasi, problema fondamentale nella scienza del diritto processuale, la cui soluzione non si rifletta direttamente sul concetto della sentenza, sulla sua natura, sulle sue funzioni e sulle sue distinzioni, argomenti che, sostanzialmente, costituiscono questa parte generale della dottrina. Donde una doppia difficoltà: quella di approfondire per quanto occorre i problemi fondamentali, affinchè la trattazione riposi sopra una base dogmatica sufficientemente sicura, e quella di evitare che la trattazione dilaghi e si perda in digressioni non strettamente necessarie. La mancanza di anteriori tentativi di ricostruzione della teoria della sentenza sotto un aspetto così generale (anche il recente lavoro del Kisch ha solo riguardo alle *funzioni* della sentenza e alle sue distinzioni da questo punto di vista) ac-

cresce, come è naturale, le difficoltà dell'impresa. Eppure, quanto interesse, non soltanto teorico, ma anche pratico, in queste ricerche! Tutto, ad esempio, il problema della corrispondenza tra azione e sentenza, così fecondo di controversie nel campo della giurisprudenza pratica, dipende dalla concezione generale della sentenza e della sua posizione nel processo. E piena di conseguenze pratiche è altresì la delimitazione della sentenza da altre figure e istituti, per varie ragioni, affini; la distinzione tra sentenza, ordinanza e decreto; tra la sentenza e il lodo arbitrale; tra la sentenza e le decisioni degli organi della giustizia amministrativa. E ciò senza dire delle meno dirette, ma non meno importanti ripercussioni, che i risultati di questi studi generali sulla teoria della sentenza, hanno necessariamente nei campi più svariati del diritto processuale, dove una infinità di questioni di grande interesse teorico e pratico ne restano illuminate; valga, per tutti, l'esempio del processo di fallimento, lo studio del quale mi fu appunto occasione e incitamento a queste indagini sui più generali problemi processuali.

Questo scritto che, ristretto ai punti più essenziali, doveva esser destinato a una pubblicazione in onore del prof. Carlo Fadda, nella ricorrenza del suo XXV anno di insegnamento, uscendo ora, per la mole di troppo cresciuta, in un separato volume, non può essere dedicato che a Lui: omaggio doveroso e affettuoso del discepolo grato al Maestro caro ed insigne.

*Roma, nel settembre del 1905.*

A. Rocco.

# INDICE SISTEMATICO



CAPITOLO I.

## Concetto della sentenza.

### § 1. — *I presupposti del concetto di sentenza.*



### § 2. — *Determinazione del concetto di sentenza.*

## CAPITOLO II.

## Limitazione del concetto di sentenza da altri concetti affini.

### § 1. — *La sentenza e le decisioni dei privati e degli organi non giurisdizionali dello Stato.*



### § 2. — *La sentenza e gli altri atti degli organi giurisdizionali.*

CAPITOLO V.

## Classificazione delle sentenze.

# CAPITOLO I.

## Concetto della sentenza.

### § 1.

### I presupposti del concetto di sentenza.

**Sommario:** 1. I presupposti del concetto di sentenza: giurisdizione, processo, diritto processuale. — 2. Determinazione del concetto di giurisdizione: i caratteri della norma giuridica e la giurisdizione. — 3. Quando sorga la possibilità e necessità della funzione giurisdizionale. — 4. Concetto e natura della funzione giurisdizionale. — 5. Delimitazione della funzione giurisdizionale dalla funzione legislativa e dalla amministrativa. — 6. Caratteri formali della funzione giurisdizionale. — 7. La funzione giurisdizionale civile, in contrapposto alla penale. — 8. La giurisdizione come diritto e come dovere dello Stato: rapporti giuridici tra lo Stato e i cittadini in dipendenza della funzione giurisdizionale. — 9. Il processo e lo scopo processuale. — 10. Il diritto processuale obbiettivo.

**1.** I concetti di *giurisdizione*, come funzione e come potere, di *processo*, come attività, in cui la funzione si esplica, di *diritto processuale*, come complesso di norme che tale funzione, e, quindi, tale attività, regolano, sono i presupposti indispensabili della nostra trattazione. E ciò per due motivi. Anzitutto, per la strettissima connessione logica che lega i varî istituti processuali, dovuta all'intimo nesso esistente fra i varî elementi del processo, parti di un tutto unico, indirizzate ad un unico scopo, che dalla loro posizione nel complesso traggono carattere e rilevanza. Poi, per la particolare posizione della sentenza nell'insieme del processo; il quale,

CAPITOLO V.

## Classificazione delle sentenze.

## CAPITOLO I.

# Concetto della sentenza.

## § 1.

### I presupposti del concetto di sentenza.

**Sommario:** 1. I presupposti del concetto di sentenza: giurisdizione, processo, diritto processuale. — 2. Determinazione del concetto di giurisdizione: i caratteri della norma giuridica e la giurisdizione. — 3. Quando sorga la possibilità e necessità della funzione giurisdizionale. — 4. Concetto e natura della funzione giurisdizionale. — 5. Delimitazione della funzione giurisdizionale dalla funzione legislativa e dalla amministrativa. — 6. Caratteri formali della funzione giurisdizionale. — 7. La funzione giurisdizionale civile, in contrapposto alla penale. — 8. La giurisdizione come diritto e come dovere dello Stato: rapporti giuridici tra lo Stato e i cittadini in dipendenza della funzione giurisdizionale. — 9. Il processo e lo scopo processuale. — 10. Il diritto processuale obbiettivo.

1. I concetti di *giurisdizione*, come funzione e come potere, di *processo*, come attività, in cui la funzione si esplica, di *diritto processuale*, come complesso di norme che tale funzione, e, quindi, tale attività, regolano, sono i presupposti indispensabili della nostra trattazione. E ciò per due motivi. Anzitutto, per la strettissima connessione logica che lega i varî istituti processuali, dovuta all'intimo nesso esistente fra i varî elementi del processo, parti di un tutto unico, indirizzate ad un unico scopo, che dalla loro posizione nel complesso traggono carattere e rilevanza. Poi, per la particolare posizione della sentenza nell'insieme del processo; il quale,

nella fase di *accertamento*, trova nella sentenza appunto l'atto finale, a cui tutti gli altri tendono come a loro meta immediata, e, nella fase di *esecuzione*, si presenta bene spesso come attuazione dell'accertamento contenuto nella sentenza, che ne costituisce pertanto il *titolo* e ne determina i *limiti*: dimodochè la sentenza è sempre il *punto finale* del processo di accertamento, e spesso, il *punto di partenza* del processo esecutivo.

**2.** I concetti di giurisdizione e di processo hanno la loro radice nel concetto stesso della norma giuridica, giacchè la funzione giurisdizionale, e l'attività giudiziale, sono un derivato necessario della natura e del carattere di quella particolare categoria di norme di condotta, che sono le norme giuridiche.

Fra i caratteri differenziali della norma giuridica, ricorderemo qui quelli che ci interessano particolarmente, per la determinazione del concetto di giurisdizione.

*a)* Il primo carattere della norma giuridica che dobbiamo ricordare è data dalla sua funzione specifica: la *garanzia*. Il diritto è garantia di scopi o tutela d'interessi: esso dunque si trova con questi interessi in un rapporto di *mezzo* a *fine* (1):

*b)* Ma, appunto perchè la norma giuridica è *garantia di scopi*, essa è *irrefragabilmente obbligatoria*. È questo il secondo carattere della norma giuridica che ci interessa. Garantire, infatti, significa *render certo*, *assicurare*: quindi la norma giuridica si presenta con un carattere di *necessità* che la rende assolutamente o irrefragabilmente obbligatoria (2). Gli scopi che la norma garantisce debbono, entro i limiti della garanzia, essere *ad ogni costo raggiunti*: la necessità della norma giuridica non è dunque (come avviene in altre specie di norme) *relativa* al fine a cui essa tende, ma è *asso-*

---

(1) Sulla funzione di *garanzia* del diritto e sul carattere di *mezzo* della norma giuridica, v. **Vanni**, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, pagg. 68, 94 e segg.; — **Filomusi-Guelfi**, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1904, pagg. 11 e 35; — **Bierling**, *Juristische Principienlehre*, Freiburg, u. Leipzig, 1894-98, I, pagine 25 e 26; — **Thon**, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pag. 4; — **Merkel**, *Juristische Encyclopädie*, 3ª ed., Berlin, 1904, pag. 13.

(2) **Vanni**, *Filos. del dir.*, pagg. 68 e 76.

*luta*, perchè assoluta è la necessità del fine. Questo deve essere ad ogni modo raggiunto, ed eventualmente, anche senza o contro la volontà di coloro che debbono, colla loro azione positiva o negativa, concorrere ad attuarlo (3);

*c)* Un altro carattere della norma giuridica, che qui occorre di mettere in rilievo, è quello di essere una norma regolatrice dei *rapporti esterni*: essa regola la condotta dell'uomo *di fronte agli altri uomini*, in quanto si manifesta in atti esteriori (4). La tutela che la norma giuridica offre agli interessi degli uomini, sta dunque in ciò, che essa pone comandi o divieti agli altri uomini, affinchè, con la loro azione positiva o negativa, cooperino al soddisfacimento di questi interessi. La norma giuridica è dunque essenzialmente bilaterale: essa crea negli uni *doveri*, e negli altri, *diritti* corrispondenti;

*d)* Un ulteriore carattere per noi importante della norma giuridica è la sua *generalità* ed *universalità*. La norma giuridica non regola singolarmente specifici rapporti esterni di determinate persone, ma vale per tutti i rapporti della medesima specie, e quindi

---

(3) Quindi il diritto non si limita soltanto a porre dei *motivi* alla volontà, per costringerla all'osservanza della norma: essa, occorrendo, passa oltre la volontà, e attua gli scopi garantiti indipendentemente da questa. La possibilità dell'impiego della *forza* per ottenere tale attuazione è un momento essenziale del diritto: impiego della forza che non bisogna concepire soltanto come *coazione*, ossia come *determinante* dell'azione altrui, ma anche come *azione diretta e indipendente.* Non è essenziale invece al concetto del diritto che l'uso della forza sia riservato ad un organo superiore e specifico (Stato) piuttosto che affidato direttamente a coloro, i cui interessi sono garantiti dal diritto (sistema della difesa privata o auto-difesa). Sulla questione se l'uso della forza fisica, o, come altri dice, la coazione, sia inerente alla norma giuridica, i pareri non sono concordi: v. in vario senso **Vanni**, *Filos. del dir.*, pagg. 77 e segg.; — **Filomusi-Guelfi**, *Enc.*, pagg. 22 e segg., 24 e segg.; — **Thon**, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pag. 7; — **Jhering**, *Zweck im Recht*, I, pagina 839 e segg.; — **Gierke**, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, pag. 14; — **Jellinek**, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892, pagg. 333-334; — **Regelsberger**, *Pandekten*, Leipzig, 1893, pag. 63; — **Bierling**, *Zur Kritik d. juristischen Grundbegriffe*, Gotha, 1877-83, I, p. 140 e *Jurist. Principienlehre*, I, pag. 48 e segg.; — **Merkel**, *Jur. Encyclopädie*, pag. 29 e segg.

(4) **Vanni**, *Fil. del dir.*, pag. 91 e segg.; — **Filomusi-Guelfi**, *Enc.*, pagg. 9, 13 e 23; — **Petrone**, nella *Riv. it. per le scienze giuridiche*, XXI, pag. 340.

per tutte le persone, a cui si riferiscono tali rapporti. Essa, per conseguenza, non tutela interessi concreti di persone determinate, ma categorie di interessi di una stessa specie. La norma procede dunque per astrazione: raggruppa tutti i casi di una medesima specie in una categoria generale, e contempla questa categoria (5);

*e)* Infine, è necessario osservare che il diritto obiettivo, essendo tutela di interessi, è anche un *sistema di limiti* fra i varî interessi, e quindi esercita una funzione di *coordinamento* fra i diversi interessi, che, nell'intrecciarsi delle relazioni umane, s'incontrano e si urtano: esso non solo determina quali interessi sono tutelati di fronte ad altri che non lo sono, ma, fra gli interessi tutelati, stabilisce la misura della tutela che rispettivamente è conceduta a ciascuno di fronte agli altri, segnando così il punto nel quale vien meno la tutela di un interesse e incomincia quella di un altro interesse opposto (6).

3. Tutto ciò premesso, noi possiamo determinare in quali casi sorge la possibilità e la necessità della giurisdizione, ossia quale è l'oggetto della funzione giurisdizionale.

Nei rapporti ordinarî della vita, il soddisfacimento degli interessi tutelati dalla norma giuridica avviene per opera spontanea degli stessi interessati: la norma è attuata senza difficoltà, perchè coloro a cui è indirizzato il comando o il divieto in essa contenuto, vi uniformano volontariamente la propria condotta. Anche all'infuori del timore della coazione, agiscono come motivi importantissimi per la spontanea osservanza della norma, e su cui la norma stessa fa grande assegnamento, una quantità di sentimenti etici e sociali, la cui efficacia è così decisiva per l'attuazione del diritto, che nessuna norma può seriamente e durevolmente imporsi, quando sia con essi in contrasto (7).

---

(5) **Vanni**, *Filos. del dir.*, pag. 71; — **Filomusi-Guelfi**, *Enc.*, pag. 9; — **Bierling**, *Jur. Principienlehre*, pag. 28.

(6) Il **Merkel** chiama perciò il diritto un *compromesso* per i varî interessi collidenti: **Merkel**, *Jur. Enc.*, pag. 21; — *Recht und Macht* in *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet des allgemeinen Rechtslehre*, Strassburg, 1897, pagina 400.

(7) Sul concetto e il valore del *sentimento giuridico*, vedi, tenendo conto dei

Ma può darsi anche, e questa ipotesi deve essere preveduta rispetto alla norma giuridica, la quale vuole imporsi come irrefragabilmente obbligatoria, che, nella realtà della vita, il soddisfacimento degli interessi da essa tutelati, incontri degli ostacoli, che, praticamente, facciano venir meno in tutto o in parte, i vantaggi inerenti a quella tutela. Questi ostacoli possono essere di due specie:

*a)* Può darsi anzitutto che sia *incerta* la tutela accordata dal diritto ad alcuni interessi concreti. Per il carattere di *generalità* ed *universalità* della norma giuridica, quando si vuol stabilire se, ed in quale misura, nel caso concreto, un determinato interesse è tutelato dal diritto, bisogna sussumere il caso concreto sotto la norma generale, ossia, *applicare* la norma generale al caso concreto. Ogni applicazione della norma giuridica, da chiunque, in qualunque forma, ed a qualunque scopo sia fatta, presuppone dunque sempre un *giudizio logico*, e precisamente, un *sillogismo*, in cui la premessa maggiore è data dalla norma, la minore dal singolo rapporto di cui si tratta, la conclusione da una norma di condotta *speciale* per quel dato rapporto, desunta dalla norma generale. Solo dopo aver formulato questa norma *particolare* al singolo caso, sarà possibile determinare quale tutela è concessa dal diritto ad un interesse concreto. Ma questo processo logico offre una quantità di difficoltà, obiettive e subiettive. Esso ha non di rado tutti i caratteri di un vero procedimento tecnico, nel quale occorre, per orientarsi, la cultura e l'abito mentale di un giurista di professione. Già la formulazione stessa della norma generale da applicare, non è fatta sempre in modo chiaro od espresso, e bisogna desumerla, coi canoni e i sussidî dell'ermeneutica legale, dal complesso sistematico del diritto. La varietà poi e la complicazione

diversi indirizzi filosofici: **Vanni**, *Fil. del dir.*, pag. 78; — **Filomusi-Guelfi**, *Enc. giur.*, pag. 45; — **Petrone**, *La filosofia del diritto al lume dell'idealismo critico*, nel volume: *I problemi del mondo morale meditati da un idealista*, Palermo, 1905, passim, ma specialmente, pag. 18 e segg., 36 e segg.; — **Del Vecchio**, *Il sentimento giuridico*, estr. dalla *Riv. it. per le scienze giuridiche*, XXXIII, fasc. III, Torino, 1902; — **Jhering**, *Zweck im Recht*, II, p. 108 e segg.; — **Merkel**, *Jur. Encyclopädie*, pag. 26.

dei casi concreti, a cui danno luogo i diversi atteggiamenti delle relazioni umane, è tale e tanta, che spesso solo una mente adusata all'applicazione del diritto, è in grado di isolare i singoli rapporti, per applicare a ciascuno di essi la norma che gli conviene. E se a tutto ciò si aggiungono le naturali difficoltà d'ordine subiettivo, le quali impediscono a chi è direttamente interessato nella questione, di procedere, colla necessaria serenità, a questo delicato lavorio di logica giuridica, si comprenderà facilmente come la sola determinazione della norma di condotta da seguire nei casi concreti, possa dar luogo a dubbi, a incertezze, a dispareri; i quali costituiscono essi stessi un ostacolo al soddisfacimento degli interessi tutelati dal diritto, non essendovi alcuna ragione, per cui, durando quell'incertezza, l'opinione di un interessato debba prevalere su quella di un altro interessato. Vi sono, del resto, anche casi in cui l'incertezza circa la tutela giuridica di un determinato interesse dipende dal fatto che la legge, per ragioni di interesse generale, non permette che quella determinazione sia fatta dagli stessi interessati. Ciò avviene particolarmente nel campo del diritto penale, dove l'applicazione della norma è sottratta completamente alla volontà dei subietti, i cui rapporti giuridici essa disciplina (8);

*b)* Può darsi, in secondo luogo, sebbene il caso sia meno frequente, che, malgrado la tutela di un determinato interesse sia fuori di discussione, per essere stata legalmente accertata, colui a cui è indirizzato il comando o il divieto contenuto nella norma che tutela quell'interesse, ricusi od ometta di sottostarvi, e lasci così, per mala voglia, insoddisfatto l'interesse tutelato.

**4.** In ambedue questi casi, perchè la norma giuridica adempia effettivamente alla sua funzione, occorre che siano allontanati gli ostacoli, i quali si oppongono al soddisfacimento effettivo dell'interesse tutelato. Ciò non può avvenire per opera degli stessi in-

(8) Cfr. **Rocco** (Art.), *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, estr. dalla *Riv. pen.*, 1902, pag. 80. È questa la ragione, per cui l'attuazione della legge penale non può avvenire che in forma giurisdizionale (v. però una eccezione nell'*oblazione volontaria*, art. 101 Cod. pen.).

teressati, cioè di colui, della tutela del cui interesse si tratta, e di colui, di fronte al quale si tratta di far valere la tutela. Questa impossibilità è evidente, quando l'ostacolo al soddisfacimento dell'interesse, che invoca la tutela del diritto, dipende dall'incertezza della tutela. Se infatti la tutela è incerta perchè vi sia disparere fra gli interessati circa l'applicazione della norma, è — come si è più sopra notato — una esigenza logica che questa applicazione sia fatta da un terzo, con che soltanto, l'incertezza può esser fatta cessare. Se poi la incertezza dipende dal fatto, che la legge sottragga alla volontà degli interessati la determinazione della tutela accordata dal diritto a un dato interesse nel caso concreto, da ciò solo deriva che quella determinazione debba essere affidata ad un terzo. Ma anche quando l'interesse tutelato rimanga insoddisfatto per mala voglia dell'obbligato, pur essendone certa la tutela, non è praticamente possibile lasciare all'interessato stesso la cura di soddisfare il suo interesse anche senza o contro la volontà dell'obbligato. Molteplici ragioni vi si oppongono: la possibilità di abusi od eccessi: il pericolo di conflitti e di perturbamenti nell'ordine pubblico: la possibilità che la forza fisica, in qualche caso, non soccorra chi vuol soddisfare il suo diritto (9).

(9) Nel periodo di formazione dello Stato, per effetto dell' incompiuto consolidamento dell'organismo statuale, la realizzazione degli interessi individuali tutelati dalle norme giuridiche, in caso di inosservanza di queste, era in gran parte ancora affidato all'interessato o al suo gruppo: ed anche quando lo Stato ebbe rivendicato a sè questa funzione, perdurò per lungo tempo, accanto alla funzione giurisdizionale dello Stato, il sistema della difesa privata, sebbene in limiti che si andavano sempre più restringendo e sono oggi circoscritti a pochissimi casi (cfr. **Merkel**, *Jur. Enc.*, pagg. 77 e 236; — **Cammeo**, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1900, 1905, pag. 18). La limitazione della difesa privata seguì di pari passo il consolidarsi e l'estendersi della funzione giurisdizionale dello Stato, sicchè a ragione il **Degenkolb** chiama l'*azione giudiziaria* il prezzo, pel quale il singolo ha rinunziato alla difesa privata (**Degenkolb**, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, Leipzig, 1877, pag. 31, e inoltre: **Wach**, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, I, pag. 4, sub I; — *Der Feststellungsanspruch*, Leipzig, 1889, pag. 29; — **Hölder**, *Pandekten*, Freiburg, 1891, pag. 324; — **Langheineken**, *Der Urtheilsanspruch*, Leipzig, 1899, pag. 17; — **Helwigg**, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1903, I, pag. 1.

Ma se l'allontanamento di quei due ostacoli, che si possono frapporre al soddisfacimento degli interessi tutelati dal diritto, non può essere affidato agli stessi interessati (subietto della pretesa e subietto dell'obbligo), è evidente che deve provvedervi lo Stato, il quale appunto è l'organo specifico del diritto (10). Il soddisfacimento effettivo degli interessi, che il diritto tutela, costituisce, infatti, alla sua volta, un interesse dello Stato. E ciò sotto un doppio aspetto. Anzitutto, perchè il non soddisfacimento di un interesse tutelato dal diritto crea uno stato di incertezza e di conflitto, che può riuscire anche pericoloso per l'ordine pubblico, ed è causa di perturbamento per tutta la collettività. In secondo luogo, perchè, il fatto stesso che lo Stato abbia ritenuto quell'interesse degno di tutela, significa che esso ne ha considerato il soddisfacimento come una condizione di esistenza o di sviluppo per tutta la società, e, quindi, come utile per tutta la società. Esiste dunque un interesse pubblico o generale al soddisfacimento di tutti gli interessi tutelati del diritto, tanto collettivi, quanto individuali. Si tratta di un interesse *indiretto* o *secondario*, che va sempre considerato in relazione a un altro interesse *primario*, a cui si riferisce.

Il soddisfacimento di questo interesse, che è uno dei fini essenziali dello Stato, è anche una delle sue più essenziali funzioni. L'attività, con cui lo Stato vi provvede, è appunto l'attività *giurisdizionale* o *giurisdizione*. La caratteristica di questa attività è

---

(10) Oggi, la funzione giurisdizionale o giurisdizione ci appare come un momento dell'attività dello Stato cronologicamente e concettualmente posteriore alla funzione legislativa, e da questa dipendente. Eppure, nella formazione storica dello Stato, l'attività giudiziale precedette la legislativa, e fu mezzo per giungere a questa. La tutela particolare, concessa nei singoli casi, a determinati interessi, e la determinazione fatta volta per volta del diritto del caso singolo, condusse alla tutela generale contenuta nella norma, cioè alla formazione di un imperativo giuridico universale. E ciò appunto secondo una legge costante dell'evoluzione del pensiero umano, che ha proceduto sempre dal concreto all'astratto, e non viceversa. In quello stadio primitivo, la funzione giurisdizionale e la legislativa erano insieme compenetrate (cfr. **Schultze**, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechsel beziehung*, Freiburg und Tübingen, 1883, pagg. 97 e segg.), della quale compenetrazione restano traccie anche in tempi recenti, e. persino, nel diritto inglese contemporaneo (esempi in **Unger**, *Ueber die Haftung des Staates für Verzugs — und Vergutungszinsen*, Wien, 1903, pagg. 8-9).

data dall'*oggetto*, a cui essa si riferisce, il quale, naturalmente, si ripercuote poi sulle *forme* di essa. Oggetto dell'attività giurisdizionale è, precisamente, la realizzazione degli interessi che il diritto obiettivo tutela, quando questa tutela si dimostra praticamente inefficace, ossia quando le norme generali di condotta, mediante le quali il diritto provvede alla tutela di quegli interessi, trovano, per una qualunque ragione, ostacoli alla loro attuazione effettiva. La giurisdizione è dunque anch'essa, *tutela di interessi*, come tutela di interessi è la legislazione: la differenza sta solo nei *limiti* e nelle *forme* della tutela. Mentre nella legislazione lo Stato *determina i limiti* della tutela che vuol concedere e la attua ponendo norme generali di condotta; nella giurisdizione esso procura *direttamente* il soddisfacimento di quegli interessi, nei limiti stabiliti dal diritto obiettivo, quando il diritto obiettivo non sia o non possa essere spontaneamente attuato. La caratteristica dell'attività giurisdizionale sta dunque in ciò che essa è *un'attività dello Stato, sostituita all'attività di coloro a cui la norma giuridica prescrive, per la tutela di determinati interessi, una determinata condotta, da essi non osservata*. Questo concetto però — come vedremo più oltre — non si traduce esattamente dicendo che coll'attività giurisdizionale lo Stato *attua il diritto*, giacchè invece la caratteristica della giurisdizione consiste nel *sostituirsi* a coloro, a cui la norma s'indirizza, e non già nell'ottenere ad ogni costo *da essi* quel contegno che la norma loro prescrive. Tutto ciò premesso, possiamo tentare una definizione della funzione giurisdizionale. Noi intendiamo per giurisdizione " l'attività con cui lo Stato procura *direttamente* il soddisfacimento degli interessi tutelati dal diritto, quando per una qualunque ragione (incertezza o inosservanza) non sia attuata la norma giuridica che li tutela ".

Da questa definizione si desume, che, per esservi *materia*, e quindi *possibilità* e *necessità* della funzione giurisdizionale, occorre che una norma giuridica non possa o non voglia essere attuata, ossia o che sia incerta la tutela concessa dal diritto a un determinato interesse, o che, pur essendo accertata la tutela giuridica di cui tale interesse gode, esso sia rimasto tuttavia insoddisfatto per inosservanza della norma che consacra la tutela. *Scopo* della

giurisdizione, dato questo presupposto, è quello di procurare il soddisfacimento di tale interesse, accertando il diritto del caso concreto, e intervenendo colla forza della sovranità dello Stato per il soddisfacimento di esso, anche senza o contro la volontà di colui, di fronte al quale la tutela è concessa (11).

---

(11) La determinazione del concetto di giurisdizione, così importante teoricamente e praticamente, specie per i rapporti tra la funzione giurisdizionale e l'amministrativa, è un problema ancora, può dirsi, non risoluto dalla scienza giuridica. I principali criterî sinora proposti sono i seguenti: *a)* La giurisdizione è l'attività con cui lo Stato provvede alla tutela del diritto subiettivo: ossia alla reintegrazione del diritto minacciato o violato; è questa l'opinione che può dirsi dominante: v. in questo senso, fra gli altri, **Gerber**, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3ª ediz., Leipzig, 1880, pag. 179; — **Helwigg**, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, pag. 1; — **Gierke**, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, pag. 323; — **Kisch**, *Beiträge zur Urtheilslehre*, Leipzig, 1903, pag. 1; — **Manfredini**, *Corso di diritto giudiziario civile*, Bologna, 1898, pag. 372; — **Simoncelli**, *Lezioni di procedura civile*, anno 1902-1903, pagg. 4, 122 e segg. A parte la critica che può muoversi alla formola " tutela dei diritti subiettivi „ la quale contiene — come si vedrà più oltre — una vera tautologia, sta in fatto che non sempre l'attività giurisdizionale presuppone un diritto *minacciato o violato*, bastando la semplice *incertezza* sull'esistenza di un diritto, perchè il conflitto d'interessi che ne deriva, debba essere eliminato mediante un giudizio che stabilisca quale è l'interesse tutelato; *b)* La giurisdizione è l'attività dello Stato diretta all'*attuazione del diritto obiettivo*, mediante l'applicazione della norma al caso concreto e la sua realizzazione forzata. Anche questa opinione è assai diffusa: v. **Wach**, *Handb.*, pagg. 1-2; — **Schmidt**, *Lehrb. der deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1898, pagg. 1-2; — **Langheineken**, *Der Urtheilsanspruch*, pag. 19; — **Chiovenda**, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, pag. 7 nota 6. A questa opinione si può obbiettare: anzitutto che l'attuazione del diritto in quanto è *applicazione del diritto*, non è per nulla una caratteristica della attività giurisdizionale, giacchè così l'individuo come lo Stato, in quanto sono sottoposti al diritto, debbono, per conformare la loro azione alla norma, in qualunque momento della loro attività, *applicare la norma* al caso concreto: la maggiore o minore difficoltà o solennità di questa operazione logica non muta l'essenza della cosa (cfr. **Bornhak**, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1896, pag. 203). In quanto poi l'attuazione del diritto è *realizzazione del diritto*, non è punto vero che essa costituisca lo scopo esclusivo della giurisdizione, la quale — come pure si vedrà più avanti — non cerca tanto di *attuare la norma*, cioè di premere sulle volontà perchè esse si conformino alla norma, quanto di ottenere, anche senza o contro la volontà dell'obbligato, il soddisfacimento degli interessi tutelati dalla norma; *c)* Compito della giurisdizione è di accertare nei singoli casi un rapporto giuridico incerto o controverso; così fra gli altri: **Bernatzik**, *Recht-*

5. Questa determinazione del concetto generale di giurisdizione ci permette di delimitarlo da quello di *legislazione* e di *amministrazione*.

---

*sprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886, pag. 64 e segg.; — **Jellinek**, *Das Recht des modernen Staates*, I, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900, pag. 559. Questa determinazione ha il difetto di essere incompleta, perchè esclude a priori dalla giurisdizione tutto il processo esecutivo, nel quale non vi è incertezza sulla tutela accordata a un interesse, ma inosservanza della norma da parte dell'obbligato; *d)* L'attività giurisdizionale non ha un contenuto *sostanziale* suo proprio, ma solo dei caratteri *formali* particolari; non vi è dunque altro modo di distinguere la giurisdizione, se non riferendosi alla qualità dell'organo statuale che agisce: essa è l'attività del giudice, organo imparziale ed indipendente, sottoposto solo al diritto obiettivo: per determinare perciò dove vi è giurisdizione, bisogna riferirsi alle norme della legge positiva (Così **Laband**, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Freiburg und Leipzig, 1895, II, pag. 329; — **Bornhak**, *Allgemeine Staatslehre*, pagg. 204-205. Questo criterio, contro cui è insorto particolarmente lo **Jellinek**, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, 1887, pag. 213 e segg., è del tutto insufficiente, perchè non può l'organo qualificare la funzione, ma è la particolarità della funzione che differenzia l'organo: senza contare che agli organi giurisdizionali sono spesso affidate anche funzioni non giurisdizionali (specialmente amministrative), e ad organi amministrativi e legislativi sono affidate talora funzioni giurisdizionali (v. su ciò **Cammeo**, *La manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo* nel *Trattato di diritto amministrativo* dell'**Orlando**, III (Milano, 1901, pagg. 8-12); *e)* La giurisdizione è risoluzione di *controversie*: la sua caratteristica esteriore è il *contradittorio*. In questo senso **Plósz**, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig, 1880, pag. 6; e gli autori citati in **Bernatzik**, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, pag. 14 e segg., 54 e segg.: in Italia per questo criterio sembra propendere **De Palo**, *Teoria del titolo esecutivo*, Napoli, 1901, specialmente pagg. 53-55. Contro questo criterio deve osservarsi che può esservi esercizio di giurisdizione senza controversia e senza contradittorio (così ad es. nel processo civile e penale contumaciale, nel processo penale, quando il reo sia confesso, o nel civile, quando il convenuto non si opponga alla domanda dell'attore) e vi sono atti non giurisdizionali che si presentano coll'apparenza della decisione di una controversia (così un parere emesso da una sezione consultiva del Consiglio di Stato su una questione in materia di applicazione di legge, e, sopratutto, il parere delle sezioni unite del Consiglio di Stato su un ricorso al Re in via straordinaria); *f)* Secondo un insigne processualista italiano, la giurisdizione ha per iscopo la *risoluzione di un conflitto tra volontà subiettive o fra norme obbiettive*, reale o apparente che sia (**Mortara**, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, I, 3ª ed., Milano, 1904, pagg. 16-20 e II (1ª ed., Milano, 1903), pagg. 533 e segg.). Questo concetto contiene molto di vero, per quanto esso consideri la giurisdizione da un punto di vista che, a nostro avviso, non è il più rilevante, nè il più caratteristico. Intanto

La prima delimitazione è più facile. Colla attività legislativa lo Stato provvede alla tutela degli interessi individuali e collettivi

---

(e lo si è già osservato a proposito della opinione che fa consistere l'attività giurisdizionale nella risoluzione di *controversie*, ossia di contrasti di volontà) non sempre la giurisdizione ha per compito di risolvere un *conflitto di volontà*: così nel processo penale, quando il reo sia confesso: nel processo civile quando il convenuto sia contumace o non si opponga alla pretesa dell'attore; nella procedura di sequestro, che è vero esercizio di giurisdizione, eppure si svolge, in parte, senza contrasti di volontà (art. 925 Cod. proc. civ.). Rimane, dunque, come concetto generale e comprensivo di tutti i casi, quello del conflitto tra *norme obiettive*. Si tratta, come osserva benissimo lo stesso **Mortara**, di un conflitto *formale* o *apparente*, perchè un reale conflitto tra norme giuridiche non è pensabile (**Mortara**, *Commentario*, pag. 19). Adunque questo conflitto formale o apparente non può dipendere che dalla *incertezza* sulla norma giuridica applicabile al caso concreto: la risoluzione di un conflitto tra norme obiettive si riduce tutta alla eliminazione della *incertezza* sulla norma che deve valere nel singolo caso, ossia all'accertamento del diritto del caso singolo, mediante *applicazione* della norma generale al caso concreto. Ma noi abbiamo già veduto come questo concetto non sia sufficiente di per sè a caratterizzare l'attività giurisdizionale dello Stato. La giurisdizione è diretta sempre a togliere di mezzo ostacoli che si frappongono al soddisfacimento effettivo di interessi tutelati dal diritto: quindi, non ogni conflitto tra norme obiettive, non ogni incertezza sulla norma applicabile, dà luogo all'esercizio della giurisdizione, ma solo quell'incertezza, per cui resta non soddisfatto un interesse che il diritto tutela. Deve quindi distinguersi tra momento e momento in cui il conflitto tra due norme si presenta, e tra le varie specie di norme che possono venire in conflitto. Due norme possono presentarsi fra loro in conflitto a chi si proponga di accertare quale è il diritto del caso concreto, *allo scopo di uniformare ad esso la propria condotta*: in questo caso evidentemente non vi è luogo ad attività giurisdizionale, anche quando chi proceda a questo accertamento sia lo Stato, sia pure con forme determinate e solenni; così ad es., non vi è attività giurisdizionale in un parere emesso dal Consiglio di Stato sulla interpretazione da darsi ad una legge o regolamento in un caso concreto. Possono anche presentarsi come tra loro in conflitto due norme dirette a regolare l'azione dello Stato nel *suo stesso interesse*, e che quindi non contengono comandi rivolti dallo Stato a tutela di interessi di altri subietti, ma comandi rivolti ad organi statuali, a tutela di interessi statuali. In questo caso i possibili conflitti vanno risolti con atti amministrativi, non con esercizio di giurisdizione (si pensi, ad esempio, ad una controversia che sorga tra due Ministeri per la competenza di una spesa, o per l'applicazione di norme legislative o regolamentari regolanti le rispettive funzioni). Inoltre, è da osservare, contro questa concezione del conflitto di norme, che essa porta ad escludere dalla giurisdizione tutto il processo civile esecutivo. In quanto poi questa concezione si appoggia sul principio che " il diritto subiettivo non esiste, nè fun-

ponendo norme *generali* all'operare dei singoli ed anche al suo proprio operare. Coll'attività giudiziale invece lo Stato provvede a rendere praticamente efficiente la tutela consacrata nelle norme generali, procurando, *nei casi singoli*, il soddisfacimento degli interessi che essa tutela, quando la norma di condotta non sia attuata, o quando manchi, per qualunque ragione, lo spontaneo assoggettamento alla norma da parte degli obbligati. Non bisogna dunque concepire l'attività giurisdizionale come una attività di *pura esecuzione* di fronte alla legislativa. L'attività giurisdizionale *dipende* dalla legislativa, in quanto questa ne stabilisce *i limiti*, ma entro i limiti da essa segnata, è un'attività *complementare* e non di semplice esecuzione. Nell'attività legislativa lo Stato adempie a un doppio còmpito: determina *quale* tutela vuol concedere a certi interessi: ed *esplica* questa tutela in una forma caratteristica: imponendo norme generali di condotta. Nella attività giudiziaria lo Stato adempie, invece, a un solo còmpito: quello di *esplicare* ancora la tutela concessa a quegli interessi; ma in un *modo* diverso: intervenendo *direttamente* per il loro soddisfacimento, quando la prima

---

ziona in virtù del semplice rapporto tra la volontà del soggetto attivo e la legge, ma ha per coefficiente essenziale la volontà del soggetto passivo „ e che perciò nel conflitto tra la volontà dei soggetti privati, deve lo Stato eliminare il contrasto (**Mortara**, *Commentario*, II, pagg. 539-542), v. quanto diremo più oltre specialmente al num. 40; *g)* Anche al concetto, che la giurisdizione sia *applicazione di diritto*, si ispira il criterio proposto di recente dal professor **Scialoia**, il quale, riconoscendo che applicazione del diritto può essere anche l'attività amministrativa, conclude che l'attività giurisdizionale si contraddistingue per ciò, che nell'applicazione del diritto che in essa ha luogo, il *momento del giudizio* prevale su quello della *volontà*, mentre il contrario avviene nella attività amministrativa (**Scialoja**, *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, nella *Giustizia amministrativa*, XII (1901), pagg. 71-72). Ma poichè questi due elementi, del *giudizio* e della *volontà, non sono caratteristici* dell'attività giudiziale, il criterio della semplice prevalenza del primo sul secondo è troppo indeterminato, e quindi insufficiente a caratterizzare la giurisdizione. Teoricamente questo criterio, è, in fondo, la confessione che non vi è una differenza di *qualità*, ma solo di *quantità* tra l'attività giudiziale e l'amministrativa, ossia che l'una e l'altra sono *sostanzialmente* la stessa cosa. Praticamente, la possibilità di utilizzarlo vien meno proprio là dove se ne sentirebbe maggiore il bisogno: e cioè nelle zone grigie, nei punti intermedî, dove mancano i criterî formali, e si deve ricorrere a un decisivo criterio sostanziale.

forma di tutela si sia dimostrata praticamente inefficace. La giurisdizione, dunque, non è *esecuzione, attuazione* della tutela concessa dalla legislazione: è, invece, una seconda ed autonoma *forma di tutela*: mentre la legislazione è tutela *mediata* di interessi, la giurisdizione è tutela *immediata* (12).

Maggiori difficoltà offre la delimitazione della funzione giudiziale dalla amministrativa, per giungere alla quale occorre prender le mosse da alcuni concetti fondamentali del diritto pubblico moderno.

Lo Stato, per il raggiungimento dei suoi scopi, ha, su tutti i membri della collettività, un *potere supremo*, una *signoria*, a cui corrisponde, nei singoli, uno stato di *subordinazione* o *soggezione*. Questo rapporto di *sovranità* e di *sudditanza*, che, in altri tempi, era un rapporto di *mero fatto*, si è trasformato, nello Stato moderno, in un rapporto giuridico, in quanto lo Stato, regolando con norme generali la sua condotta di fronte ai singoli, ossia tutelando, anche di fronte a sè stesso, l'interesse dei singoli, ha sottoposto a limitazioni l'esercizio di quel potere (13). Nonostante però, che la sovranità dello Stato sia limitata, nel senso che, di fronte ad essa, sono riconosciuti alcuni diritti subiettivi dei singoli, i quali perciò figurano, di fronte allo Stato, anche nel campo del diritto pubblico, non solo come *obietto* della sua sovranità, ma anche come *subietti* di diritti propri o *persone*, resta vero pur sempre che la sovranità, anche come diritto dello Stato, ha un contenuto di facoltà, da una parte estremamente numerose ed indeterminate, dall'altra singolarmente energiche, che giungono anche fino alla possibilità di esercitare una coazione fisica sulla persona dei sudditi. L'esistenza infatti di alcuni diritti subiettivi pubblici dei singoli (diritti civici, diritti politici, diritti di libertà) importa la determinazione di alcune cose, che lo Stato, in determinate cir-

(12) La contrapposizione è dunque proprio fra attività legislativa da un lato e attività amministrativa e giudiziale dall'altro. Mediante la prima, lo Stato pone norme astratte, a tutela degli interessi individuali e collettivi: mediante la seconda prosegue concretamente questi interessi: v. **Jellinek**, *Allgemeine Staatslehre*, pag. 558.

(13) V. su ciò da ultimo: **Jellinek**, *Allgemeine Staatslehre*, pag. 331 e segg., 348 e segg., 377 e segg.

costanze, è obbligato a *fare*, e di altre, che è obbligato *a non fare*; ma, all'infuori di questi limiti, l'azione dello Stato di fronte al cittadino è perfettamente libera, e riprende impero il suo diritto di sovranità, colla conseguente potestà o signoria sulla persona dei sudditi che essa porta con sè (14). *L'attività che lo Stato spiega per il raggiungimento dei suoi scopi, servendosi dei poteri inerenti alla sua sovranità, nel campo a lui lasciato libero dal diritto obiettivo, è l'attività amministrativa.* La distinzione adunque tra attività amministrativa e giudiziale sta in ciò, che mentre nella prima, lo Stato prosegue *direttamente i suoi interessi*, in quanto possano essere direttamente proseguiti; nella seconda esso *interviene* per soddisfare interessi *di altri o anche suoi*, rimasti non soddisfatti e *che non possono essere direttamente proseguiti* (14[bis]). Praticamente, la distinzione si può concretare in tre punti:

*a)* Nell'attività giurisdizionale, lo Stato prosegue uno scopo *indiretto* o *secondario:* quello di procurare il soddisfacimento degli interessi individuali e collettivi tutelati dal diritto, i quali non possano essere soddisfatti per la incertezza o inosservanza della norma che li tutela. Nell'*attività amministrativa*, lo Stato prosegue invece scopi *diretti* o *primarî*;

*b)* Nell'attività giurisdizionale, lo Stato provvede a soddisfare interessi, il cui soddisfacimento, pur essendo voluto dal diritto, è mancato per ostacoli incontrati nell'attuazione della norma che li tutela. L'attività giurisdizionale dunque è tutta diretta a *rimuovere ostacoli* al soddisfacimento di interessi: essa non soddisfa *direttamente* degli interessi concreti, ma *provvede* a che degli interessi

---

(14) Il cittadino non è solo dunque *subietto di diritti* di fronte allo Stato, ma è anche *obietto* del suo diritto di sovranità: v. **Jellinek**, *Allgemeine Staatslehre*, pag. 384 e segg. Sul come ciò possa avvenire, v. **Rocco** (Art.), *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, pag. 17, nota 2.

(14 bis) Il caso di interessi dello Stato che non possano essere *direttamente* proseguiti, si ha quando l'ordinamento giuridico tolga agli organi che direttamente proseguono gli interessi statuali (organi amministrativi) la facoltà di proseguire alcuni determinati interessi; così avviene per *l'interesse punitivo*, la cui prosecuzione è, in certi limiti, vietata agli organi della amministrazione.

siano soddisfatti: li soddisfa perciò solo *indirettamente*. Invece, coll'attività amministrativa, lo Stato provvede *direttamente* al soddisfacimento dei suoi interessi. Nell'attività amministrativa, non si tratta dunque mai di far cessare le difficoltà che, per l'incertezza o l'inosservanza della norma, può incontrare il soddisfacimento degli interessi tutelati. Incertezza sulla tutela spettante agli interessi dello Stato di fronte a quelli dei privati non può esservi, perchè l'amministrazione, consistendo appunto nella esplicazione dell'attività lasciata libera allo Stato, *presuppone* già che tale incertezza nel momento attuale non vi sia, e si versi in un campo, dove non vi sono altri interessi tutelati che quelli dello Stato. Inosservanza di una norma che tutela gli interessi dello Stato neppure è possibile, perchè nella sfera di attività lasciata libera allo Stato, questo dispone della forza fisica inerente alla sua sovranità, di fronte alla quale è inconcepibile una inosservanza da parte dei sudditi dei loro doveri verso lo Stato;

*c)* L'attività giurisdizionale dello Stato ha per oggetto rapporti tra singoli e singoli, o, quando ha per oggetto rapporti tra singoli e Stato, si trova sempre di fronte a interessi dei singoli, i quali si presentano come *interessi tutelati* di fronte allo Stato, ossia come *diritti subiettivi*, al cui rispetto lo Stato è obbligato. Invece, nell'attività amministrativa, lo Stato può bensì trovarsi di fronte a interessi dei singoli, ma questi non si presentano mai come *interessi tutelati*, cioè come *diritti subiettivi* che lo Stato debba rispettare: e ciò perchè nel campo dell'attività amministrativa è certo *a priori* che non vi sono interessi tutelati dei singoli (15).

---

(15) La distinzione tra attività amministrativa e giudiziale dipendendo dal concetto che si ha di quest'ultima, è naturale che le distinzioni proposte siano tante, quanti i criteri messi innanzi per determinare l'essenza della giurisdizione. La distinzione più comune è quella che, assegnando alla giurisdizione il compito di applicare la norma giuridica ai casi concreti, e all'amministrazione quello di regolare i rapporti di fatto secondo il pubblico interesse, assume come contrassegno di quest'ultima l'esistenza di un *potere discrezionale* nella determinazione della condotta dello Stato nel caso concreto; discrezionalità che mancherebbe invece nella giurisdizione, dove il rapporto concreto deve sempre essere regolato secondo la volontà della legge. Ma questo criterio è insufficiente, perchè vi sono casi di poteri discrezionali conferiti al giudice

6. Abbiamo così delineato brevemente l'*essenza* della funzione giurisdizionale: la quale non può non influire sulle sue *manifestazioni esterne*. Donde alcune *forme estrinseche*, che *normalmente* l'accompagnano, fra cui principali sono: 1° un organo apposito (giudice) distinto dagli organi che esercitano le altre due diverse funzioni della legislazione e della amministrazione, e posto (specialmente di fronte agli organi dell'amministrazione) in una condizione di *indipendenza*, che gli dia modo di esercitare con serenità e imparzialità il suo ufficio; 2° un regolare *contraddittorio*, il quale permetta tanto a colui, che chiede il soddisfacimento di un suo interesse come tutelato dal diritto, quanto a colui, di fronte al quale la tutela è invocata, di far valere le proprie ragioni, affinchè l'azione dell'organo giurisdizionale riesca in tutto conforme al diritto obiettivo; 3° un *procedimento prestabilito* con *forme predeterminate* dirette ad assicurare che il soddisfacimento degli interessi tutelati avvenga esattamente in ragione e nella misura della tutela. Si noti però che questi caratteri *formali* o *estrinseci* della funzione giurisdizionale possono qualche volta mancare, senza che per ciò venga meno la funzione: come — al contrario — possano taluni di essi accompagnare altre funzioni statuali, senza che perciò esse perdano la loro natura, per assumere quella della funzione giurisdizionale (16).

---

nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale (es.: art. 143, 145, 544, 578, 1165 Cod. civ.; 26, 36, 38, 138, 156, ecc., Cod. pen.), e perchè anche l'amministrazione deve agire nei limiti segnatile dal diritto obiettivo. Vedi su ciò: **Bernatzik**, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, pag. 37 e segg.; — **Scialoja**, *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, pag. 71; — **Chiovenda**, *L'azione nel sistema dei diritti*, pag. 14, in nota; — **Jellinek**, *Allgemeine Staatslehre*, pag. 567-568.

(16) **Jellinek**, *Allgemeine Staatslehre*, pag. 561 e segg.; — **Cammeo**, *La manifestazione della volontà dello Stato*, pag. 9 e segg. Alle funzioni non giurisdizionali affidate agli organi della giurisdizione appartiene la così detta *giurisdizione volontaria*. Della quale si suol ripetere che essa è attività amministrativa e non giurisdizionale, senza però darne sempre ragioni sufficienti. La verità è che la risoluzione del problema: se la giurisdizione volontaria sia giurisdizione, e nel caso contrario, che specie di attività statuale sia, presuppone già determinata l'essenza della giurisdizione, e la sua distinzione dalle

7. Dato così, brevemente, il concetto *generale* della giurisdizione, sarà facile desumerne quello *speciale*, che qui ci interessa, di giurisdizione *civile*, in contrapposto alla *penale*.

---

altre due fondamentali funzioni dello Stato: la legislazione e l'amministrazione. Un esame delle principali teorie sulla natura della giurisdizione volontaria può vedersi in **Diana**, *La giurisdizione volontaria*, Città di Castello, 1904, pagine 53-78, agli autori citati ai quali possono aggiungersi: **Weismann**, *Die Feststellungsklage*, Bonn, 1879, pagg. 19 e segg.; — **Langheineken**, *Der Urtheilsanspruch*, pag. 82 e segg.; — **Helwigg**, *Lehrb. des deutschen Civilprozessrechts*, pag. 75 e segg.; — **Kisch**, *Beiträge zur Urteilslehre*, Leipzig, 1903, pagg. 60 e segg., — e specialmente **Weismann**, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Stuttgart, 1903, pag. 24-25, che nega la possibilità di una distinzione concettuale tra giurisdizione contenziosa e volontaria. — La giurisdizione volontaria si ricollega alla funzione che la volontà privata ha nel campo del diritto. Tra i mezzi, con cui il diritto provvede alla tutela degli interessi umani, vi è quello del riconoscimento giuridico della volontà privata; il diritto, riconnettendo effetti giuridici alla volontà privata, concorre colla sua efficacia a far raggiungere lo scopo pratico a cui essa tende (**Ferrini**, *Pandette*, num. 108). Tale efficacia giuridica può essere dal diritto subordinata all'esistenza di svariate condizioni estrinseche; specialmente di *forma* e di *tempo*. Orbene, qualche volta l'efficacia giuridica della volontà privata può essere subordinata ad un accertamento da parte di un organo statuale della convenienza o legalità dell'atto. Questo intervento dello Stato può essere diretto a varî scopi: a provvedere affinchè l'effetto voluto corrisponda al reale interesse di colui, rispetto al quale l'effetto deve prodursi, ossia a garantire il titolare dell'interesse proseguito contro le deficienze o gli abusi della volontà che lo prosegue (specie quando per impotenza o inettitudine del titolare di un interesse, fu affidato alla volontà di un altro subietto il proseguimento degli interessi di lui); o, anche, ad accertare preventivamente che la volontà privata ha tutti i requisiti di sostanza e di forma richiesti dal diritto perchè le siano ricollegati effetti giuridici. Questa funzione di accertamento, per ragioni ovvie a comprendere, fu affidata in gran parte agli organi della giurisdizione, che offrono le massime garanzie di competenza e di imparzialità per tale delicato ufficio. Ma che essa sia funzione amministrativa e non giurisdizionale risulta da quanto si è detto. La giurisdizione vera e propria presuppone il concreto rapporto giuridico *già formato*, e quindi già verificate tutte le condizioni, a cui la norma generale ricollega il sorgere del rapporto: essa provvede soltanto a che il rapporto adempia alla sua funzione *pratica*. Nella così detta giurisdizione volontaria, lo Stato interviene nella *formazione* dei rapporti giuridici concreti, accertando, in *forma solenne*, la *convenienza* o *legalità* dell'atto compiuto o da compiersi. L'atto giuridico resta quello che è: dichiarazione *privata* di volontà, a cui lo Stato *non collabora* (giustamente, sotto questo punto di vista, **Diana**, op. cit., pag. 72), ma ha bisogno, per produrre la pienezza dei suoi effetti giuridici, di un elemento *estrinseco*, che gli si deve

Nella giurisdizione penale, lo Stato mira a soddisfare uno dei suoi più importanti interessi: l'interesse punitivo o repressivo, il quale, in quanto è tutelato, di fronte ai singoli, con norme precise e determinate *(nullum crimen, nulla poena sine lege)*, costituisce un vero e singolo *diritto subiettivo* dello Stato, il diritto subiettivo di punire (17). Ma, di fronte e in contrapposto a questo interesse

---

aggiungere, e che proviene da un organo statuale. Nella giurisdizione volontaria dunque il giudice compie una funzione sostanzialmente eguale a quella, che compie il notaio o un altro pubblico ufficiale quando riceve un atto pubblico. A ragione perciò la dottrina tedesca fa rientrare quest'ultima funzione sotto il concetto della giurisdizione volontaria (cfr. **Wach**, *Handb.*, pag. 61 e segg.; — **Helwigg**, *Lehrb.*, pag. 78-79), il quale comprende pertanto tutte le forme di intervento dello Stato nella formazione dei concreti rapporti giuridici privati. Ciò però non significa punto, si badi bene, che in questi casi l'effetto giuridico sia dovuto piuttosto all'atto statuale che alla volontà privata, o che si dia luogo a un *atto complesso o misto*, risultante da una dichiarazione privata e da una dichiarazione pubblica di volontà: l'effetto giuridico rimane sempre ricollegato alla dichiarazione privata di volontà, e l'atto rimane un atto giuridico privato; l'intervento dello Stato funge soltanto da *condizione* per la sua *piena* efficacia giuridica (A questo proposito può essere consultato utilmente uno scritto recente di **A. Scialoia**, *Natura e importanza giuridica delle pubblicazioni nelle modificazioni degli statuti sociali*, estr. dal *Foro italiano*, Città di Castello, 1905, pag. 6 e segg.). *Con queste riserve e limitazioni*, per noi rimane vera la dottrina tradizionale del **Wach** (*Handb.*, pag. 47-64). In quanto poi questa dottrina sarebbe in contraddizione con la esistenza, oggi riconosciuta nella scienza del diritto processuale, di *sentenze costitutive* (come affermano **Langheineken**, *Urtheilsanspruch*, pag. 83 e **Diana**, op. cit., pag. 65 e segg.), rinviamo a quanto sarà detto più oltre su questa categoria di sentenze. L'opinione del **Weismann** che sia impossibile una determinazione *sostanziale* della natura della così detta giurisdizione volontaria, si ricollega in fondo alla dottrina che pone come unico criterio di distinzione tra le varie funzioni statuali quello dei caratteri *estrinseci* o *formali* che esse assumono nei varî casi: v. quindi ciò che si è detto contro questa dottrina alla nota 11 sub *d)*. Circa poi i caratteri *formali* della giurisdizione: v. **Vacchelli**, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, nel *Trattato di diritto amministrativo dell'***Orlando**, III, pag. 256 e segg.; — **Cammeo**, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, pag. 20 e segg.

(17) V. su questo diritto: **Rocco** (Art.), *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, estr. dagli *Studi in onore di Vittorio Scialoia*, e gli autori ivi citati a pag. 4, nota 1.

dello Stato, sono tutelati, implicitamente dalle stesse norme di diritto penale, ed esplicitamente da altre norme giuridiche (diritto costituzionale), numerosi interessi del singolo, il cui complesso costituisce il *diritto pubblico di libertà*. Per la impossibilità, già notata, che la determinazione della tutela concessa, nei casi concreti, allo interesse punitivo dello Stato, di fronte alla libertà dei cittadini, avvenga per volontario riconoscimento degli interessati, il soddisfacimento dell'interesse punitivo dello Stato, trova sempre ostacolo nell'incertezza della tutela concessagli nel caso concreto. È questa la ragione per cui, a maggior tutela della libertà dei cittadini, nel diritto dei popoli più progrediti, in materia penale, la funzione di accertare il diritto nel caso concreto, è stata tolta agli organi della normale attività statuale, e lo Stato ha stabilito, di fronte a sè stesso, una specie di *divieto dell'autodifesa penale*. Questo divieto, per necessità di cose, non può risolversi che in una *distinzione di organi*: ma sta di fatto che la legge considera l'interesse punitivo dello Stato, *come se* non potesse essere direttamente proseguito. Donde la necessità che l'applicazione della norma penale avvenga sempre in forma giurisdizionale. La giurisdizione penale è adunque il mezzo con cui lo Stato procura il soddisfacimento del suo interesse punitivo, applicando, al caso concreto, la norma penale che lo tutela (18). Nella giurisdizione civile, invece, lo Stato procura il soddisfacimento, non di un interesse pubblico, come quello punitivo, ma degli interessi privati, sempre, s'intende, quando vi facciano ostacolo l'incertezza o l'inosservanza della norma valevole nel caso concreto.

L'interesse, che lo Stato prosegue colla giurisdizione penale, è un interesse *secondario*, rispetto a un altro interesse (l'interesse punitivo e repressivo) che è, alla sua volta, *secondario* rispetto agli interessi, a cui si riferisce la tutela penale: di talchè, in defini-

(18) Questo punto fu bene messo in luce dal **Mortara**, *Commentario*, I, pag. 23 e segg., che considera appunto la giurisdizione penale come un caso di *esercizio di un diritto statuale in forma giurisdizionale*. V. anche le osservazioni di **Rocco** (Art.) *La riparazione alle vittime degli errori giudizari*, estr. della *Riv. pen.*, Torino, 1902, pag. 79-80.

tiva, esso può dirsi un interesse *terziario*. Nella giurisdizione civile, l'interesse statuale proseguito è soltanto, invece, *secondario*. Ma mentre, nella giurisdizione penale, l'interesse dello Stato, è un interesse *diretto*, in quanto ha per contenuto un interesse *proprio* dello Stato (l'interesse punitivo); nella giurisdizione civile, l'interesse dello Stato è solo *riflesso*, in quanto ha per contenuto il soddisfacimento di interessi non *statuali*, ma *individuali*.

Resta in tal modo stabilito, perchè, e in che modo, nella giurisdizione civile, l'interesse privato è soddisfatto dallo Stato, e quale rapporto corre tra la norma che tutela l'interesse (diritto privato materiale) e la funzione dello Stato diretta a procurare la realizzazione dell'interesse tutelato (funzione giurisdizionale civile). Nella funzione giurisdizionale civile, lo Stato assume come *suo scopo* la realizzazione, per parte dei privati, degli interessi individuali loro tutelati dal diritto. Questo scopo rimane perciò *indeterminato* fino a che non sia, volta per volta, accertato quale è il singolo interesse privato tutelato dal diritto: con che soltanto l'interesse, *a priori* indeterminato e solo *determinabile*, dello Stato, si determina concretamente. Considerata nei suoi rapporti colla funzione giurisdizionale, la norma che tutela l'interesse privato (diritto privato materiale) ha appunto la funzione di *determinarne concretamente* gli scopi. Non è dunque già che, nella funzione giurisdizionale civile, lo Stato non abbia uno scopo *proprio* da raggiungere, un interesse *proprio* da soddisfare: solo, il *contenuto* di questo scopo e di questo interesse, è dato dal contenuto della norma di diritto materiale (19).

8. L'interesse dello Stato alla realizzazione degli interessi privati tutelati dal diritto, in quanto, alla sua volta, è riconosciuto e tutelato dal diritto, costituisce un vero e proprio *diritto subiettivo* dello Stato. La giurisdizione civile dunque, che, in un primo mo-

---

(19) La norma processuale, che tutela un interesse *secondario* è, quindi, una norma *secondaria*, una *norma-mezzo* riguardo ad un'altra norma. Su questo carattere del diritto processuale v. **Wach**, *Handb.*, pag. 4; — **Helwigg**, *Lehrb.*, pag. 2.

mento, e cioè dal punto di vista *sociale*, ci appare come una *funzione*, in un secondo momento, e cioè dal punto di vista *giuridico*, ci appare come un *diritto*, e, al tempo stesso, come un *dovere* dello Stato. Consideriamola più da vicino sotto questo secondo aspetto.

La giurisdizione civile, è, anzitutto, un *diritto subiettivo* dello Stato: essa è " *la facoltà dello Stato di agire in conformità delle norme di diritto* (diritto obiettivo processuale) *che garantiscono il raggiungimento del suo scopo processuale* (soddisfacimento degli interessi privati tutelati dal diritto privato materiale) *e di pretendere dai cittadini, ciò a cui sono obbligati, in forza delle norme processuali* ". Il diritto di giurisdizione civile è perciò un diritto subiettivo pubblico dello Stato, appartenente alla categoria dei *diritti di supremazia*, derivante dalla sua sovranità, e divenuto uno speciale e individualizzato diritto subiettivo, in quanto è costituito da una serie di facoltà specificamente disciplinate dalle norme del diritto processuale obiettivo. Subietto attivo di tale diritto, è, naturalmente, lo Stato; subietti passivi ne sono *tutti i cittadini come tali*, e non già (si noti bene) i singoli come subietti di obblighi di diritto privato materiale. Il rapporto intercedente tra lo Stato e il cittadino, in forza del suo diritto di giurisdizione civile, è un *rapporto di diritto pubblico*, perfettamente *indipendente* dai rapporti di diritto privato materiale, che *eventualmente*, ma non *necessariamente*, possono correre tra quel cittadino come privato ed altri privati. Dell'esistenza di questo indipendente rapporto di diritto pubblico sono prova le disposizioni del nostro diritto processuale positivo, nelle quali è riconosciuto e sanzionato, del tutto indipendentemente dal rapporto di diritto materiale, *un obbligo delle parti a certi atti processuali*: in ispecie, *un obbligo del convenuto al contraddittorio* (20).

---

(20) Arg. art. 386, 388, 614, 218 Cod. proc. civ. Cfr. anche: **Degenkolb**, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, Leipzig, 1877, pag. 15 e segg.; — **Plósz**, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, pag. 76 e segg., 132 e segg.; — **Wach**, *Defensionspflicht und Klagerecht*, nella *Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, VI, pag. 520 e segg.; — **Mortara**, *Commentario*, II, pag. 537 (sub *B*, n. 1). Negano, nel diritto moderno, l'esistenza di *obblighi* processuali delle parti: **Bülow**, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, LXII, pag. 1 e segg.; — **Kohler**, *Der Prozess als*

La giurisdizione civile non è solo un *diritto*, ma altresì un *dovere* dello Stato (21). E ciò per due ragioni. Anzitutto, perchè gli scopi i quali formano il contenuto sostanziale dei diritti dello Stato, essendo scopi sociali o pubblici, il loro conseguimento è un obbligo dello Stato. Poi, più ancora, perchè lo scopo il quale forma il contenuto del diritto di giurisdizione civile, è per lo Stato uno scopo *riflesso*, avente per oggetto il soddisfacimento di *interessi individuali*; la qual cosa implica, almeno di regola, che sia lasciata libertà ai privati di volere o non quel soddisfacimento, e quindi di determinare o non la formazione di un interesse statuale a quel soddisfacimento; donde il riconoscimento della volontà individuale come *decisiva* per l'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato, cioè il riconoscimento di un *diritto* dei singoli a tale esercizio e di un *dovere* dello Stato di prestarlo. Dal diritto processuale obiettivo sorge dunque un *secondo rapporto giuridico* tra lo Stato e i cittadini, consistente nel *diritto* di ciascun cittadino *come tale* di pretendere dallo Stato l'esercizio della sua attività per il soddisfacimento degli interessi tutelati dal diritto privato materiale, e nel *dovere* dello Stato di spiegare la sua attività per la realizzazione di quegli

---

*Rechtsverhältniss*, Mannheim, 1888, pagg. 38-41; — **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*, Berlin, 1880, pag. 146 e segg., in nota, e *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*, Freiburg und Tübingen, 1883, pag. 12 e segg.; — **Chiovenda**, *L'azione*, pag. 72. Una posizione intermedia prendono **Schmidt**, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1898, pag. 268 e segg.; — e **Weismann**, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, pagg. 338-340, i quali, negando un *obbligo*, ammettono solo un *onere* processuale delle parti, accostandosi così, in fondo, al concetto dello **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht*, pag. 146, nota. Alla quale opinione intermedia pare si possa obbiettare che se alle parti è imposto un *onere*, ciò è necessariamente nell'*interesse* di qualcuno, il che significa appunto che vi è un *obbligo* a cui corrisponde un *diritto*. Soltanto, questo diritto non spetta punto all'altra parte, come affermano **Degenkolb**, *Einlassungszwang*, pag. 33 e **Plósz**, *Beiträge*, pag. 76 e segg., ma allo Stato, perchè è appunto l'interesse pubblico che si è voluto tutelare imponendo degli oneri alle parti.

(21) Ciò dipende dalla natura stessa dei diritti subbiettivi pubblici dello Stato, il cui contenuto è uno scopo sociale o pubblico, il quale *deve necessariamente* essere raggiunto. Sulla giurisdizione come *obbligo* dello Stato, v. **Weismann**, *Lehrb. d. deutschen Zivilprozessrechts*, pag. 11.

interessi. Questo diritto, spettante ad ogni cittadino *come tale*, e non come titolare di un diritto privato materiale, è un diritto pubblico subiettivo, appartenente alla categoria dei *diritti civici*; esso ha per oggetto una *prestazione positiva*, un *facere* da parte dello Stato: è, in altri termini, il così detto *diritto di azione*, su cui dovremo intrattenerci a lungo più oltre.

9. Determinato così che s'intende per *giurisdizione civile*, non ci sarà difficile stabilire che cosa sia il *processo civile*. Il concetto di " processo „ è, di per sè, un concetto generale, che designa il momento *dinamico* di qualunque fenomeno: qualunque fenomeno nel suo divenire. Nel caso nostro, processo è dunque la *funzione giurisdizionale civile nel suo esercizio*: lo *svolgimento* della funzione giurisdizionale civile (21bis).

Le osservazioni fin qui fatte ci danno modo di risolvere una questione assai dibattuta nella dottrina processualistica: quella dello *scopo del processo*. È noto infatti, che, mentre da alcuni scrittori, si assegna come scopo al processo civile, l'*attuazione del diritto obiettivo*, da altri si fa consistere lo scopo processuale nella *tutela dei diritti subiettivi* (22).

---

(21bis) L'esercizio della funzione giurisdizionale civile essendo *subordinato* alla volontà del privato (*nemo iudex sine actore*), l'attività giurisdizionale civile dello Stato presuppone degli *atti* dei singoli che la promuovono. Anche questa attività dei singoli, che è presupposto e condizione dell'attività statuale, fa parte del processo. V. più oltre, cap. III.

(22) Per la concezione obbiettiva, che assegna come scopo principale al processo l'attuazione del diritto obbiettivo, si sono pronunciati: **Wach,** *Handb. d. deutschen Civilprozessrechts*, pagg. 3-5; — **Bülow**, *Die neue Prozessrechtswissenschaft*, nella *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, XXVIII, pag. 203 e segg. (v. anche, sebbene la questione sia ivi considerata da un altro punto di vista, *Klage und Urtheil*, estr. dalla *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, Berlin, 1903, pag. 76); — **Schultze**, *Privatrecht und Prozess*, pagg. 18-19; — **Schmidt**, *Lehrb. d. deutschen Civilprozessrechts*, pag. 1 e segg.; — **Kisch**, *Beiträge zur Urtheilslehre*, Leipzig, 1903, pag. 1; — **Plósz,** *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, pag. 6 e 7. Anche in Italia può dirsi dominante la concezione obbiettiva: v. **Mortara,** *Commentario*, pag. 18; — **Chiovenda**, *L'azione nel sistema dei diritti*, pagg. 7-9, nota; — **De Palo,** *Teoria del titolo esecutivo*, pag. 3, nota 2. Per la concezione subbiettiva si sono pronunziati invece: **Helwigg**, *Lehrbuch d. deutschen Civilprozessrechts*, pag. 2, nota; — **Jellinek**, *System*, pagg. 118 e

La concezione puramente obiettiva ha, ci sembra, il difetto fondamentale di essere eccessivamente astratta e formalistica, e di non tener conto della funzione essenziale e del contenuto sostanziale della norma giuridica. Il diritto obiettivo non è fine a sè stesso: esso è garanzia di scopi o tutela di interessi; perciò una attuazione *pura e semplice* del diritto non è neppure concepibile. Come non si può garantire *simpliciter*, ma occorre garantire *un qualche cosa*, così non si può attuare una garanzia *simpliciter*, ma occorre attuare il *quid*, cioè lo scopo garantito. Non ci si deve dunque fermare a ciò che non ha, e non può avere, che un puro valore di *mezzo*, ma bisogna considerare il fine, a cui quel mezzo tende. E che questo sia il procedimento corretto, è dimostrato da un'altra considerazione. Può darsi invero benissimo che il fine sia ottenuto per altra via, e prescindendo dal mezzo: può darsi così che lo scopo garantito dalla norma sia conseguito, senza attuare la norma. *Attuare* infatti una norma di condotta *come tale*, significa *conformare* ad essa la propria condotta, agire secondo le prescrizioni della norma. Ora lo Stato, nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale civile, non si propone come scopo *esclusivo* di premere sulle volontà individuali, per indurle a conformarsi alla norma. Ciò avveniva forse in altri stadî dell'evoluzione giuridica (anche nella procedura esecutiva romana della *bonorum venditio*, la *missio in bona* aveva ancora principalmente per iscopo di premere sulla volontà del debitore per indurlo a pagare) (23), ma nel diritto po-

---

segg., e 338; — e in Italia: **Simoncelli**, *Lezioni di diritto giudiziario*, 1902-03, pag. 6 e segg.; — **Cammeo**, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, pagg. 17-18. Prevalenza all'elemento subbiettivo dà anche **Weismann**, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, pag. 2.

(23) Fu questa la ragione per cui l'esecuzione patrimoniale in Roma sorse come *esecuzione generale*, e, quindi, *collettiva*: il *bonorum emptor* non era che una persona *sostituita* al debitore, perchè, come suo successore a titolo universale, adempisse invece di lui le sue obbligazioni: cfr. **Girard**, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1898, pag. 1016. Solo più tardi si concepì come possibile una realizzazione del diritto indipendentemente dalla volontà dell'obbligato o di un suo sostituto, e si ebbe la procedura della *bonorum distractio*.

sitivo odierno dei popoli più progrediti, questa pressione trova un limite nel rispetto alla personalità umana e alla libertà individuale. La violenza sulla persona, sia pure adoperata ad ottenere l'attuazione del diritto, ripugna al sentimento giuridico moderno, che la vuole pertanto relegata nei confini dello stretto necessario: essa è, oramai, quasi completamente bandita dal campo del diritto processuale civile. La giurisdizione civile oggi non mira tanto ad assoggettare le volontà per piegarle all'osservanza della norma, quanto a procurare, in ogni modo, ed *anche indipendentemente dalla volontà* dell'obbligato, l'effettivo soddisfacimento degl'interessi tutelati dalla norma (24). Ma se l'esercizio della giurisdizione, logicamente e praticamente, non è che attuazione di *scopi*, o soddisfacimento di *interessi*, l'uso della formula " attuazione del diritto obiettivo „ per designare lo scopo della giurisdizione e del processo, è, sostanzialmente, inesatto.

Nè, d'altro canto, è completamente esatta l'altra formula " tutela dei diritti subiettivi „. Già la struttura stessa del *diritto subiettivo* vieta che si possa parlare di una sua " tutela „. Se il diritto subiettivo è un *interesse giuridicamente protetto mediante il riconoscimento della volontà che lo prosegue* (25), il concetto della

---

(24) E logicamente, dato il concetto che in ogni rapporto giuridico, la volontà dell'obbligato non è che un *mezzo* per soddisfare l'interesse del titolare del diritto (cfr. **Hartmann**, *Die Obligation. Untersuchungen über ihre Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, pag. 30 e segg.). Residui del vecchio concetto che scopo del processo sia quello di premere sulla volontà del debitore per indurlo a conformarsi alla norma, sopravvivono nel nostro diritto processuale nei pochissimi casi, in cui è ancora ammesso l'arresto personale per debiti (legge 6 dicembre 1877, art. 2).

(25) È il concetto che può dirsi oramai dominante, contemperamento e fusione delle due concezioni ambedue non inesatte, ma unilaterali, del **Windscheid** (signoria della *volontà*) e dello **Jhering** (tutela d'*interesse*). Cfr. **Bernatzik**, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden*, Freiburg, 1890, pag. 64 e segg.; — **Jellinek**, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pag. 40 e segg.; — **Romano**, *Teoria dei diritti pubblici subiettivi*, nel *Trattato di diritto amministrativo* dell' **Orlando**, Milano, 1897, pag. 121 e segg.; — **Grasso**, *I presupposti giuridici del diritto costituzionale*, Genova, 1898, pag. 110 e segg.; — **Filomusi-Guelfi**, *Encicl. giuridica*, pagg. 10-11 in nota; — **Merkel**, *Juristische Encyclopädie*, § 159, pag. 74.

tutela è già un elemento *costitutivo* del diritto subiettivo, e il parlare di una " tutela di un diritto „ si riduce a una pura e semplice ripetizione di concetto. La *tutela di una tutela* è una superfetazione logica e pratica. Ma vi è di più. Concependo il processo come una tutela dei diritti subiettivi dei singoli, si perde di vista un concetto importantissimo, che deve invece esser posto in particolare rilievo nella teoria del processo. Si è notato più sopra che l'attività giurisdizionale, come ogni forma di attività dello Stato, è attività nell'*interesse comune*, essendo interesse comune di tutti i consociati, che gli scopi garantiti dal diritto siano effettivamente conseguiti: si è concluso perciò che lo Stato ha un interesse proprio al soddisfacimento dei singoli interessi privati tutelati dal diritto obiettivo. È al soddisfacimento adunque di questo interesse che mira l'attività giurisdizionale dello Stato: il soddisfacimento dei singoli interessi privati, è il *risultato*, non lo *scopo* di quell'attività. Ecco perchè è giusta l'osservazione fatta contro la formula " tutela dei diritti subiettivi „ che essa confonde lo scopo dell'azione con lo scopo del processo (26).

Ma, per passare dalla critica alla ricostruzione, a noi sembra che il modo stesso, con cui viene posto il problema, sia fonte di inesattezze e di equivoci. Che si intende per " scopo del processo „? Il processo, come insieme di attività, subordinate a determinate condizioni e legate a determinate forme, non ha, *di per sè*, uno " scopo „. Quando si parla di scopo, ci si riferisce sempre a un subietto volente che se lo proponga: e, poichè nel processo più sono i subietti (lo Stato, rappresentato dall'organo giurisdizionale, e le parti), è naturale che ciascuno di essi si proponga degli scopi: in realtà, quindi, non v'è uno scopo *del processo*, ma vi sono scopi dei *subietti processuali*. Il dissidio tra le due concezioni, obiettiva e subiettiva, del processo, dipende appunto dal diverso punto di vista, da cui si considerano gli scopi processuali: la concezione obiettiva, non ha riguardo che allo scopo dello Stato, e perciò assegna come scopo al processo " l'attuazione del diritto obiettivo „,

(26) **Wach**, *Handbuch*, pag. 4.

ossia della legge, che è appunto la volontà dello Stato; la concezione subiettiva ha riguardo invece soltanto allo scopo di una delle parti, e precisamente dell'attore, e considera perciò come scopo del processo la " tutela dei diritti subiettivi ". Per noi, poichè l'attività giurisdizionale è, essenzialmente, attività dello Stato, e l'intervento delle parti nel processo non è che condizione o presupposto e delimitazione dei confini di quell'attività, deve considerarsi come preponderante e assorbente nel processo lo scopo dello Stato. E poichè noi sappiamo che lo Stato ha un interesse proprio alla realizzazione degli interessi privati tutelati dal diritto obiettivo, è facile concludere che questa realizzazione è lo scopo che lo Stato si propone di conseguire mediante la sua attività giudiziale. Ed è naturale. Se vi è un *diritto di giurisdizione* dello Stato, che ha per *contenuto sostanziale* quell'interesse di cui si è parlato, l'esercizio delle facoltà comprese nel diritto di giurisdizione, e, quindi, tutta l'attività giudiziale dello Stato, non può essere diretta che al soddisfacimento di quell'interesse. Tutto ciò spiega benissimo come lo scopo di ciascuna delle parti, possa coincidere, ma possa, eventualmente, anche non coincidere con lo scopo dello Stato. Solo quando questa coincidenza si verifica, lo scopo della parte si identifica con quello dello Stato, il quale lo fa proprio, e lo realizza colla forza della sua sovranità. La ricerca dell'esistenza o meno di tale coincidenza, e, quindi, la determinazione esatta del contenuto concreto dello scopo statuale, fa parte anch'essa, necessariamente, dello scopo che lo Stato si propone di raggiungere mediante il processo, e ad essa è dedicato tutto il processo di accertamento.

**10.** Dai concetti di *giurisdizione* e di *processo*, è facile passare a quello di *diritto processuale*. Quella funzione sociale che è la realizzazione, da parte della collettività giuridicamente organizzata, degli scopi individuali garantiti dal diritto, la quale trova nel processo la sua estrinsecazione, costituisce la *materia* di un complesso di norme, il cui insieme è appunto il *diritto processuale obiettivo*. Il quale *regola* tale funzione col procedimento proprio del diritto: creando *diritti* e *doveri*, ossia *rapporti giuridici*, la cui nascita, modificazione, estinzione, è ricollegata a *fatti giuridici* determinati,

siano *dichiarazioni di volontà* (atti processuali), siano *avvenimenti della natura esteriore* (come il decorso del tempo [art. 338 Codice proc. civ.], o la morte [art. 332 Cod. proc. civ.]), siano *fatti o stati giuridici di diritto materiale* che funzionano da *fatti giuridici processuali*, perchè ad essi il diritto processuale riconnette effetti (così il riconoscimento come subietto di diritti da parte del diritto materiale, e le variazioni che il diritto privato stesso porta alla capacità di agire di un subietto giuridico). Il che dimostra quanto erronea sia la comune credenza, che limita il còmpito della *scienza del diritto processuale* allo studio degli *atti processuali*: la scienza del diritto processuale tanto poco si esaurisce nello studio degli *atti processuali*, quanto quella del diritto civile nello studio dei *negozî giuridici* (27).

---

(27) Non possiamo quindi accettare la partizione della scienza del diritto processuale, oramai in voga in Germania, ed adottata anche da alcuni valenti processualisti italiani, per la quale nella scienza del diritto processuale bisognerebbe distinguere tre parti: la teoria dei presupposti della tutela giuridica, la teoria dei presupposti processuali e la teoria del procedimento: v. fra gli altri, **Schmidt,** *Lehrbuch*, pag. 1 e segg.; — **Helwigg,** *Anspruch und Klagrecht*, Jena, 1900, pag. 116 e segg., *Lehrbuch*, passim, e *Klagrecht und Klagmögtlichkeit*, Leipzig, 1905, p. 53 e segg.; — **Langheineken,** *Urtheilsanspruch*, p. 21 e segg.; — **Stein,** *Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage*, Halle, 1903, pag. 13 e segg.; — **Chiovenda,** *L'azione nel sistema dei diritti*, pag. 3, nota 2; — **Menestrina,** *La pregiudiciale nel processo civile*, Vienna, 1904, pag. 193, nota. A questa partizione ci sembra si possa rimproverare il vizio di una *assoluta indeterminatezza* circa il contenuto di ciascuna delle parti, in cui si vorrebbe divisa la scienza del diritto processuale Il dire di qualche cosa che essa è il *presupposto* di qualche altra, equivale semplicemente ad affermare l'esistenza di *un* rapporto di *priorità logica* fra l'una e l'altra: ma nè si dice *di che rapporto* si tratta, nè, tanto meno, si determina che cosa sia ciascuna di esse; di modo che se pure il concetto di una è ben noto, quello dell'altra rimane ancora assolutamente indeterminato. In verità noi non comprendiamo perchè la scienza del diritto processuale non debba essere ripartita, come tutte le altre scienze giuridiche, secondo l'ordine logico con cui si svolge il fenomeno giuridico, quasi che il diritto processuale sia meno diritto del diritto civile o penale o amministrativo. Poichè nel fenomeno giuridico noi troviamo sempre una *norma* (diritto obiettivo) che dà luogo a *rapporti giuridici* (diritti subiettivi e corrispondenti doveri giuridici) fra determinati *subietti di diritti* o *persone*, rapporti i quali *nascono, si modificano, si estinguono*, in seguito al verificarsi di determinati *fatti* (fatti giuridici), è ovvio che ogni scienza giuridica dovrà occuparsi an-

§ 2.

## Determinazione del concetto di sentenza.

**Sommario:** 11. Le singole funzioni speciali in cui si risolve la funzione giurisdizionale civile. — 12. La sentenza come atto in cui si esplica la funzione di accertamento del diritto. — 13. La sentenza come atto del giudice: se sia atto della intelligenza o atto della volontà. — 14. La natura del giudizio logico contenuto nella sentenza.

**11.** Tutto ciò premesso, possiamo tentare la determinazione del concetto di *sentenza*, che appunto deriva direttamente da quello di *giurisdizione* e di *processo.*

La funzione giurisdizionale civile, per la natura stessa dello scopo a cui mira, comprende tre diverse funzioni, che dànno luogo a tre diversi processi. Intanto, poichè gli ostacoli al soddisfaci-

---

zitutto delle *norme* o del *diritto obiettivo*, e quindi dei *rapporti giuridici;* a proposito dei quali discorrerà, anzitutto della *natura* e *specie* di questi rapporti ossia dei *diritti* e dei correlativi *doveri*, in che essi consistono: poi dei *subietti* o *persone* fra cui corrono, infine della loro *nascita*, *modificazione*, *estinzione*, ossia dei *fatti giuridici*. E quindi, anche la *scienza del diritto processuale*, in una prima parte si occuperà delle *norme processuali* o del *diritto processuale obiettivo*; in una seconda dei *rapporti giuridici processuali*, di cui studierà: 1° la *natura* e la *specie*, parlando della giurisdizione, dal punto di vista sociale, come *funzione*, dal punto di vista giuridico, come *diritto* e come *dovere* dello Stato, e perciò, dei corrispondenti diritti e doveri dei cittadini, ossia del *diritto d'azione* e dell'*obbligo di prestarsi allo svolgimento del processo*; 2° i *subietti* o *persone*, parlando dello Stato, e degli *organi*, per mezzo dei quali egli esercita la giurisdizione, delle *parti*, della loro capacità di diritto e di agire e della loro rappresentanza in giudizio; 3° i *fatti giuridici processuali*, in ispecie, gli *atti processuali*. A una *parte speciale* può essere riservato di parlare prima del processo di *cognizione*, poi di quello di *esecuzione*. Bastino questi brevi e sommarissimi cenni, che non vogliono essere nè un programma, e neppure lo schema di un programma, per mostrare come sia possibile e necessario applicare alla scienza del diritto processuale lo stesso metodo di trattazione sistematica, che ha condotto a così alto grado di precisione tecnica le altre scienze giuridiche, e in ispecie, il diritto privato.

mento degli interessi privati tutelati dal diritto, che colla funzione giurisdizionale civile si tratta di eliminare, possono dipendere, o da incertezza o da inosservanza della norma da seguire nel caso concreto, è chiaro che la giurisdizione civile si esplicherà anzitutto con la determinazione del diritto del caso singolo, mediante *applicazione* della norma al caso concreto; poi, con la realizzazione forzata dell'interesse che la norma, nel caso concreto, tutela. Questa seconda funzione ne implica poi una terza, ad essa collegata. La realizzazione dell'interesse che la norma tutela potendo essere compromessa, nell'intervallo di tempo occorrente per l'accertamento e la realizzazione, da mutamenti nello stato di fatto esistente, bisognerà altresì provvedere alla conservazione di questo stato di fatto, durante il tempo necessario per l'accertamento e la realizzazione forzata.

La funzione giurisdizionale dunque si scinde in tre funzioni distinte: la funzione di *accertamento* del diritto del caso concreto mediante *applicazione* a questo della norma generale: la funzione di *realizzazione forzata* dell'interesse che la norma tutela: la funzione di *conservazione* dello stato di fatto esistente, in attesa dell'accertamento e della realizzazione. E, in relazione a queste tre diverse funzioni, tre diversi processi, in cui si sottodistingue il processo civile: il *processo di accertamento* (anche di dichiarazione o di cognizione), il *processo di esecuzione forzata*, il processo di *assicurazione o conservazione.*

Queste tre funzioni (e, corrispondentemente, queste tre specie di processi) sono autonome, nel senso che ciascuna di esse può separatamente esaurire il còmpito della funzione giurisdizionale. Può darsi infatti che un interesse non trovi attualmente altro ostacolo al suo soddisfacimento, che l'incertezza della tutela giuridica ad esso spettante: in questo caso il solo accertamento, da parte dello Stato, di ciò che è diritto nel caso singolo, basta a soddisfarlo. Può darsi che l'accertamento della norma valevole nel caso concreto essendo già avvenuto, o convenzionalmente per opera dei privati, o per mezzo di organi non giurisdizionali dello Stato (28),

(28) Cfr. **De Palo**, *Teoria del titolo esecutivo*, pag. 111 e segg.; — **Chiovenda,** *L'azione nel sistema dei diritti*, pagg. 24 e 25, nota.

sia già determinato quale tutela spetti a un dato interesse, e questo rimanga insoddisfatto per l'inosservanza della norma giuridica da parte dell'obbligato: in questo caso altro non occorre che la realizzazione dell'interesse senza o contro la volontà dell'obbligato. Può darsi infine anche che il solo uso di un provvedimento conservativo dia luogo allo spontaneo riconoscimento e alla spontanea realizzazione dell'interesse tutelato, senza bisogno di alcun accertamento autoritativo, nè di alcuna realizzazione forzata (cfr. articolo 934 C. p. c.).

**12**. Alla prima delle tre funzioni sopra accennate si riferisce la *sentenza*, che è l'atto appunto con cui tale funzione si compie e si esaurisce. Essa pertanto può definirsi " *l'atto con cui lo Stato, a mezzo dell'organo della giurisdizione a ciò destinato (giudice), applicando la norma al caso concreto, accerta quale tutela giuridica il diritto obiettivo concede a un determinato interesse* ".

**13**. Dato così il concetto della sentenza, bisogna analizzarlo ulteriormente per meglio determinarlo, e per stabilire così con esattezza il posto che spetta alla sentenza nell'insieme del processo.

Dicemmo che la sentenza è *un atto dello Stato*, ossia del *giudice*, suo organo, nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Essa è, dunque, anzitutto, un *atto della mente* del giudice, e come tale dobbiamo in primo luogo esaminarla. Spontaneo qui si presenta il dubbio, se la sentenza sia un atto puramente *teoretico* della mente, ossia un atto dell'*intelligenza*, ovvero un atto *pratico*, ossia un atto della *volontà*, ovvero contenga insieme l'uno e l'altro.

Che la sentenza contenga di necessità un giudizio logico, è evidente, e vien da tutti ammesso senza difficoltà, per quanto, in genere, l'analisi di questo elemento venga dalla dottrina trascurato (29). La questione sta tutta dunque nel vedere se in essa concorra anche l'elemento della volontà, oppure se l'attività che il giudice spiega nella sentenza, si riduca ad un'attività puramente teoretica.

---

(29) **Menestrina**, *La pregiudiciale*, pag. 32.

È superfluo avvertire che, poichè noi vogliamo qui dare un concetto *generale* della sentenza, dobbiamo limitarci a porre in luce gli elementi *essenziali* del concetto, cioè quelli *comuni* a tutte le specie di sentenze, trascurando gli elementi *accidentali* che possono eventualmente trovarsi in alcune specie particolari di sentenze.

Secondo l'opinione più diffusa, la sentenza contiene non solo un giudizio logico, ma anche un *atto di volontà* del giudice: anzi, è nell'esistenza di questo atto di volontà, da parte di un organo di Stato, il quale si concreta in un *comando* rivolto dal giudice a coloro, i quali sono tenuti all'osservanza della norma nel caso concreto, che la sentenza del giudice si differenzia dal giudizio di un semplice privato (30).

Secondo un'altra opinione, invece, nella sentenza non vi è alcuna *dichiarazione di volontà* da parte del giudice, la cui opera si riduce ad un puro giudizio logico circa l'applicazione della norma al caso concreto: nella sentenza la volontà dichiarata è quella della legge (31).

Anche a noi sembra che l'elemento *essenziale e caratteristico* della sentenza sia il giudizio logico: cioè che la sentenza sia *essenzialmente* un *atto della mente* del giudice. Con ciò, s'intende, non si

---

(30) **Degenkolb**, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, pag. 80 e segg. e 141; **Laband**, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 3ª ed., II, pagg. 334-335 (4ª ed., III, pagg. 352 e segg.); — **Bierling**, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, II, pag. 184 e segg.; — **Planck**, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Nördlingen, 1887-1896, I, pag. 442; — **Schmidt**, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, p. 508; — **Trutter**, *Das österreichische Civilprozessrecht*, Wien, 1898, pag. 142; — **Bülow**, *Klage und Urtheil*, pag. 78 (ma sotto il più radicale punto di vista, che l'attività del giudice sia diretta a creare diritto obiettivo); — **Kleinfeller**, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin, 1905, pag. 207; — **Simoncelli**, *Lezioni di diritto giudiziario civile*, pag. 119 e segg.; — **Chiovenda**, *L'azione nel sistema dei diritti*, pag. 33, nota — (ma vedi pag. 97: " la sentenza è *volontà di legge accertata* nel caso singolo "); — **Menestrina**, *La pregiudiciale*, pag. 30 e segg.; — **Diana**, *La giurisdizione volontaria*, pag. 67, nota.

(31) **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht*, pag. 144 e segg., e *Privatrecht und Prozess*, pagg. 124, 125 e 582; — **Wach**, *Der Feststellungsanspruch*, Leipzig, 1889, pag. 34; — **Kisch**, *Beiträge zur Urtheilslehre*, pag. 25 e segg.

esclude che possano esservi sentenze nelle quali concorra anche l'altro elemento, e che perciò costituiscono *anche*, *atti di volontà* del giudice (32): ma si afferma solo che possono esservi sentenze, nelle quali l'atto di volontà non si riscontra, e che si esauriscono in una pura operazione logica: quindi, che solo l'elemento logico è *essenziale* al concetto di sentenza.

La norma giuridica, benchè presupponga anch'essa un giudizio logico dell'organo da cui emana (33), è, certo, essenzialmente, un *atto di volontà*, e precisamente, un *comando* rivolto dallo Stato ai singoli. Questo comando, essendo espresso in forma *astratta*, ha bisogno di venir *concretato*: ossia la volontà dello Stato, manifestata in forma astratta o generale nella legge, ha bisogno di essere tradotta in forma *concreta*: il che fa appunto il giudice nella sentenza. Ma, evidentemente, in questa operazione, il giudice non aggiunge alcuna volontà propria alla volontà già manifestata dall'organo legislativo. L'operazione, per cui, data una norma generale, si determina quale è la condotta che deve seguire nel caso concreto il singolo sottoposto alla norma, è una pura operazione logica; è — come si disse — un sillogismo, in cui, assunta come premessa maggiore la norma generale, come minore il caso concreto, si deduce la norma di condotta da seguire nel singolo caso. Il giudizio logico non cambia certo natura, per ciò solo che ha per oggetto una *dichiarazione di volontà*, cioè una norma giuridica. L'attività mentale del giudice resta un'attività puramente *teoretica* benchè si eserciti sopra un prodotto dell'*attività pratica altrui*, ossia sopra un'altrui dichiarazione di volontà. Il giudice adunque non esprime, in questa operazione, alcuna *volontà propria*:

---

(32) La questione che qui trattiamo non pregiudica però affatto la soluzione dell'altra, su cui dovremo intrattenerci in seguito, se vi siano delle specie di sentenze, le quali si distinguono da altre appunto per ciò, che contengono un *comando*: in particolare, se in questo elemento del comando sta la distinzione tra le sentenze di *puro accertamento* e le sentenze di *condanna* o di *prestazione*. La questione è sostanzialmente diversa, per quanto, è appunto a proposito di quest'ultima che la prima viene trattata (v. **Degenkolb** e **Wach**, op. e loc. citati).

(33) **Menestrina**, *La pregiudiciale*, pagg. 38-39.

esso manifesta semplicemente il proprio *giudizio* sulla volontà dell'organo legislativo nel caso concreto. Lo Stato ha già affermato la sua volontà nell'esercizio della funzione legislativa; non ha bisogno di affermarla una seconda volta nell'esercizio della funzione giurisdizionale. La sentenza non contiene dunque altra volontà che quella della legge tradotta in forma concreta per opera del giudice (34). In ciò non si ha certo opera della *volontà,* ma solo dell'*intelligenza* del giudice. L'operazione del giudice, non è dunque, *sostanzialmente,* diversa da quella di qualunque privato, che vuole dalla norma generale dedurre la norma particolare del caso concreto. Quello che differenzia la sentenza del giudice dal parere di un privato qualsiasi, non è la *natura dell'attività spiegata per giungere alla formulazione del giudizio,* ma il diverso *valore del giudizio,* ossia la diversa *efficacia giuridica* del *prodotto* di quella attività. Il diritto obiettivo riconnette infatti alla sentenza del giudice, dati certi presupposti, una *forza obbligatoria,* che invece non possiede il parere di un privato. Ma anche qui la volontà del giudice non entra affatto in campo. Non è ad un atto di volontà, ma al *giudizio logico* del giudice, cioè a un prodotto della sua attività *intellettuale,* che la legge riconnette quel determinato effetto giuridico. Come è noto, il diritto obiettivo opera sempre ricollegando a un determinato fatto (fatto giuridico) determinati effetti giuridici: il quale fatto può, alcune volte, essere un atto della volontà umana, ma può essere anche un fatto di altra natura. Ora qui abbiamo appunto il caso di effetti giuridici ricollegati dalla legge non ad un prodotto dell'attività *volitiva,* ma a un prodotto dell'attività *intellettiva* di un organo dello Stato (35). La singolarità del caso

---

(34) **Wach**, *Feststellungsanspruch,* pag. 34.

(35) È questa per noi la ragione *decisiva* in favore della opinione che ritiene essenziale alla sentenza la sola operazione logica della sussunzione del caso concreto sotto la norma generale. Non altrettanto può dirsi quindi della ragione, su cui insiste a lungo il **Kisch**, *Urteilslehre,* pagg. 26-27, che il comando, a cui il singolo è obbligato a sottostare nel caso concreto proviene dalla legge, la quale lo sanziona, non dalla sentenza che lo accerta. Ciò è vero, come abbiam anche notato nel testo, ma non è decisivo, perchè non spiega ancora come, non il *comando,* ma l'*accertamento del comando* contenuto nella

spiega, ma non giustifica, come si sia persistito nel voler ricollegare quegli effetti ad un atto di volontà del giudice (36).

**14.** Avendo così stabilito che la sentenza, è, nella sua sostanza, un atto dell'intelligenza del giudice, e, precisamente, un *giudizio* logico, che assume la forma di un sillogismo, si è anche, implicitamente, detto quale è la *materia* di questo giudizio: essa è l'accertamento della norma giuridica valevole nel caso concreto, ossia della tutela giuridica che la norma concede a un determinato interesse. La norma può essere tanto una norma di diritto materiale, quanto una norma processuale, e l'interesse concreto, la cui tutela si tratta di accertare, così un interesse materiale o primario, come un interesse processuale o secondario. Vi sono dunque sentenze, il cui contenuto è un rapporto di diritto materiale, e sentenze, che hanno per contenuto un rapporto processuale (37). Sempre però è necessario, perchè vi sia, sostanzialmente, una *sentenza*, che si tratti di *accertare* un concreto rapporto giu-

---

sentenza, sia obbligatorio per il cittadino, lasciando così adito al dubbio, che, alla sua volta, l'obbligatorietà di questo accertamento dipenda da un particolare atto di volontà del giudice. Per alcune obbiezioni di poco rilievo mosse contro la dottrina propugnata nel testo v. la diligente trattazione del **Kisch**, *Urteilslehre*, pagg. 29-30.

(36) Neppure, del resto, partendo dal concetto che la sentenza contenga sempre un *atto di volontà* del giudice, si spiega il fenomeno della regiudicata. Quando si è detto (**Helwigg**, *Lehrbuch*, pagg. 45 e 122, e *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901, pag. 7 e segg. ; — **Schmidt**, *Lehrbuch*, pag. 528; — **Menestrina**, *La pregiudiciale*, pag. 31, nota 1) che il divieto di proporre davanti al giudice una questione già giudicata dipende dal fatto che nella sentenza si afferma la *volontà* di un organo dello Stato, non si è detto ancora perchè questa volontà è *immutabile*. Di atti di volontà *revocabili* di organi statuali ci offre dovizia di esempi il diritto pubblico. La verità è che gli effetti *obbligatori* del giudicato (la c. d. *forza legale materiale* del giudicato) non si possono spiegare che riconducendoli ad una apposita norma del diritto positivo, che ha il suo fondamento nella *natura* stessa e nelle *esigenze* della funzione giurisdizionale.

(37) **Kisch**, *Urteilslehre*, pag. 13.

ridico *incerto*. Se l'atto del giudice non è diretto a far cessare l'*incertezza* circa la norma valevole nel caso concreto, ma soltanto a regolare l'ordine del procedimento, si avrà un provvedimento che non è, *sostanzialmente*, una sentenza (38).

---

(38) V. più oltre la distinzione delle sentenze dagli altri atti del giudice (Cap. II, § 2).

## CAPITOLO II.

# Limitazione del concetto di sentenza da altri concetti affini.

## § 1.

### La sentenza e le decisioni dei privati e degli organi non giurisdizionali dello Stato.

**Sommario:** 15. Posizione della questione; la sentenza e il lodo arbitrale: natura della funzione degli arbitri e della loro decisione: opinione del Mortara. — 16. Nostra opinione: argomenti dogmatici ed esegetici contro la natura giurisdizionale della funzione degli arbitri e della loro decisione. — 17. Costruzione dell'arbitramento come istituto di diritto privato: natura e funzioni del lodo. — 18. Applicazioni. — 19. La sentenza e le decisioni degli organi della giustizia amministrativa: in ispecie, della IV Sezione del Consiglio di Stato. Natura della Sezione IV del Consiglio di Stato e delle sue funzioni come organo della giustizia amministrativa. — 20. Deduzione del carattere amministrativo e non giurisdizionale della IV Sezione dalla storia e dalle disposizioni delle leggi 20 marzo 1865 e 2 giugno 1889. — 21. Confutazione di opinioni divergenti. — 22. Carattere non giurisdizionale della decisione della Sezione IV e sue conseguenze.

**15.** La determinazione del concetto di sentenza, che abbiamo tentata, ci permette ora di affrontare alcuni problemi, di grande importanza pratica, la cui soluzione appunto da quella determinazione dipende. Avremo così modo non solo di saggiare, al lume delle esigenze pratiche e delle singole disposizioni della legge positiva, la bontà dei concetti generali e sistematici posti a base della nostra trattazione, ma anche di sempre meglio determinare e precisare il concetto della sentenza, che qui particolarmente ci

interessa. Si tratta infatti di delimitare questo concetto da altri che hanno con esso, più o meno accentuatamente, qualche punto di contatto, in modo che sia possibile, e si sia in fatto verificata, una identificazione di concetti, la quale abbia condotto ad attribuire il carattere di *sentenza* a figure e istituti di natura sostanzialmente diversa.

In questo regolamento di confini, la prima figura in cui ci imbattiamo, è il *lodo arbitrale*. Già la legge stessa (1) chiama ripetutamente *sentenza* il pronunciato degli arbitri, e nella dottrina, specialmente italiana, è frequentissima l'affermazione che " gli arbitri esercitano una vera giurisdizione „, che il compromesso conferisce agli arbitri una " potestà giurisdizionale „ (2), che il lodo arbitrale è una " sentenza „ o un " pronunciato giurisdizionale „, da parificarsi a " qualunque altra sentenza giudiziaria „ (3). Ma sono in genere affermazioni isolate, senza alcuna giustificazione dogmatica, e spesso contradette dalle soluzioni date alle singole controversie che al tema del giudizio arbitrale si riannodano. Il solo autore, che, nello stesso ordine di idee, abbia dato una costruzione dogmatica del compromesso e del giudizio arbitrale, fondata appunto sul carattere giurisdizionale della funzione e, quindi, del lodo arbitrale, è il Mortara, del quale pertanto converrà esporre brevemente la dottrina (4).

Il Mortara distingue nel rapporto giuridico iniziato dal patto di compromettere due fasi: una che si svolge nell'orbita di semplici relazioni private, l'altra che si svolge invece in una sfera di

---

(1) Codice proc. civ., articoli 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34.

(2) **Cuzzeri**, *Il Codice italiano di procedura civile illustrato*, 2ª ediz., Verona, 1883, I, pag. 18; — **Borsari**, *Il Codice italiano di procedura civile*, Torino, 1872, I, pag. 52; — **Codovilla**, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1899, pag. 9; — **De Palo**, *Teoria del titolo esecutivo*, pag. 156, testo e nota 2, 161-162, 186.

(3) **Ricci**, *Commento al Codice di procedura civile*, Firenze, 1876, I, pag. 30; — **Cuzzeri**, *Il Codice italiano di procedura civile*, pag. 60; — **De Palo**, *Teoria del titolo esecutivo*, pag. 186 e 187.

(4) Cfr. **Mortara**, *Commentario*, III, pag. 42 e segg.; 50 e segg.; 136; 172 e segg.: ma specialmente pagg. 51-60, 75-80.

diritto pubblico. Le due fasi ci appaiono fra loro connesse, se contempliamo lo svolgimento completo del rapporto, cioè se abbiamo presente un giudizio arbitrale regolarmente istituito ed esaurito colla pronunzia della sentenza e del relativo decreto di esecutorietà. Se invece pensiamo al contratto di compromesso semplicemente stipulato fra i litiganti, o sia pure accettato dagli arbitri nominati, noi abbiamo una situazione non ancora uscita dall'orbita delle relazioni private (5). Quando tale rapporto è perfezionato, con tutte le condizioni volute dalla legge, questa interviene conferendo agli arbitri nominati la podestà giurisdizionale (6). Abbiamo dunque: un rapporto di diritto privato tra le parti e gli arbitri, che sostanzialmente, è un rapporto di *mandato* (7), la cui esecuzione è dallo Stato trasportata fuori del campo del diritto privato in quello del diritto pubblico, mediante il conferimento agli arbitri così nominati della funzione giurisdizionale (8). Si avrebbe pertanto, da parte dello Stato, un conferimento di potestà giurisdizionale ricollegata al perfezionarsi di un rapporto di diritto privato fra le parti e gli arbitri, entro i limiti segnati dal rapporto stesso.

**16.** Questa costruzione però, per quanto ingegnosa, non sembra possa essere accolta, sia di fronte ai principî generali, sia di fronte alle singole disposizioni della nostra legge positiva.

Un negozio giuridico *privato*, come quello che si perfeziona colla accettazione degli arbitri, il quale, pur rimanendo privato, dà luogo a rapporti di *diritto pubblico*, è una vera contraddizione in termini. Nè vale il dire che " l'ufficio giurisdizionale degli arbitri, è conferito dal beneplacito dello Stato, non dalla volontà delle parti „ (9), perchè quando si afferma, che un determinato effetto giuridico (nel caso nostro il conferimento della funzione giurisdizionale), è dal

---

(5) **Mortara**, *Commentario*, III, pagg. 75-76.
(6) Id., id., III, pagg. 51 e 57.
(7) Id., id., III, pagg. 57-59.
(8) Id., id., III, pagg. 51, 56, 58-59, 78.
(9) Id., id., III, pag. 52.

diritto obiettivo ricollegato alla volontà privata, si afferma anche necessariamente che dalla dichiarazione privata di volontà deriva quell'effetto giuridico. La legge interviene bensì anche in questo caso, ma come interviene nella costituzione di qualsiasi rapporto giuridico: vale a dire come causa *mediata* di esso; è superfluo ricordare che nessun rapporto giuridico può sorgere senza che vi sia una *norma giuridica,* e un *fatto determinato*, da cui la norma faccia dipendere la nascita di quel rapporto. Se adunque il fatto giuridico, a cui il diritto obiettivo ricollega la nascita di un rapporto giuridico, è una dichiarazione *privata* di volontà, il rapporto non può essere che *privato*: che se invece il rapporto giuridico, di cui si tratta, è un rapporto di diritto pubblico, ciò significa che il fatto giuridico, da cui deriva, è un fatto giuridico pubblico. È infatti la natura del rapporto che qualifica il fatto giuridico da cui deriva. Ciò posto, o si rinuncia a qualificare come un negozio giuridico puramente privato quello che passa tra le parti compromittenti e gli arbitri, o si rinuncia a chiamare giurisdizionale e pubblica la funzione degli arbitri che da quel negozio, sia pure per il tramite della legge, deriva.

La verità è che come privato è il negozio giuridico da cui gli arbitri derivano i loro poteri, così privata è la loro funzione, di diritto privato i rapporti che corrono tra essi e le parti, atto privato il lodo da essi pronunciato. Ed è naturale. La funzione giurisdizionale essendo una funzione pubblica o di Stato, il suo esercizio non può essere conferito che dallo Stato stesso, vale a dire da subietti fisici che agiscano in qualità di *organi dello Stato* (10).

---

(10) Un subietto fisico non può assumere la qualità di organo dello Stato che in uno di questi due modi: o perchè l'ordinamento giuridico ricollega direttamente il conferimento della qualità di organo a determinati stati di fatto (es.: per il conferimento della qualità di monarca, la discendenza di una determinata persona nell'ordine richiesto per la successione al trono, per il conferimento della qualità di elettore politico, l'appartenenza allo Stato, il sesso maschile e altre determinate condizioni), oppure perchè è intervenuto un *atto di volontà* con cui alcuno viene designato come organo dello Stato; in questo ultimo caso occorre un organo a cui sia deferito l'atto di creazione. Nel primo caso, si ha un organo *primario*, nell'ultimo, un organo *secondario* (Cfr. Jel-

Ma agire in qualità di organo dello Stato, significa proseguire, colla propria volontà, interessi pubblici o statuali. Il che evidentemente non fanno le parti, le quali, compromettendo in arbitri le loro controversie, si propongono scopi *esclusivamente* privati. Se dunque chi nomina gli arbitri e determina i limiti del loro ufficio, non agisce nell'interesse pubblico, cioè in qualità di organo dello Stato, ma solo nell'interesse privato, logicamente ne deriva che le funzioni degli arbitri non sono funzioni pubbliche, ma private, che privati sono i rapporti tra essi e le parti, giudizio privato, e non sentenza, la pronuncia che essi emanano (11).

Questa conclusione, che scaturisce così direttamente dai concetti giuridici fondamentali, è confermata da un esame anche sommario della regolamentazione giuridica che l' arbitramento riceve nel nostro diritto positivo.

È anzitutto notevole che nella legge e nella pratica il giudizio arbitrale si presenti anche come un giudizio di *equità*, nel quale gli arbitri hanno dalle parti la facoltà di pronunciare non secondo le norme del diritto, ma come *amichevoli compositori* (Cod. proc. civ., art. 20). Benchè la funzione giurisdizionale, nello stadio di accertamento, non sia *soltanto* applicazione di diritto, essa implica *sempre*, nello Stato moderno, l'applicazione del diritto: la funzione giurisdizionale essendo sottoposta alla legislativa, il giudice moderno è sempre vincolato dal diritto obiettivo. Il giudice può dunque

---

**linek**, *Allgemeine Staatslehre*, pagg. 499-500). Nel caso degli arbitri, essendo evidentemente escluso che si tratti di organi *primari*, non potrebbe trattarsi che di organi *secondari*: donde la necessità della esistenza di un altro organo dello Stato, che proceda alla loro nomina.

(11) In questo senso nettamente e con molta precisione **Wach**, *Handbuch*, pagg. 64-65, 74-75; — Cfr. anche **Schmidt**, *Lehrbuch*, pag. 9 e 109; — **Langheineken**, *Urteilsanspruch*, pag. 178; — **Planck**, *Lehrbuch*, II, pag. 625; — **Drechsler**, *Ueber die Begriffe Civilprozess und Rechtsstreit*, nell'*Archiv fur die civilistische Praxis*, LXII, pagg. 433-434; — **Weismann**, *Lehrbuch*, pag. 12; — **Kleinfeller**, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin, 1905, pagg. 3 e 715; — **Chiovenda**, *L'azione nel sistema dei diritti*, pagg. 29-30 in nota; — **Menestrina**, *La pregiudiciale*, pag. 83. L'opinione combattuta nel testo è in Germania professata da **Plósz**, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, pag. 83; — e da **Bülow**, *Klage und Urteil*, pagg. 29-30.

soltanto *accertare* quale tutela giuridica il diritto obiettivo conceda a un interesse concreto, non già concedere esso, all'infuori del diritto, questa tutela. Ciò basta ad escludere ci sembra, il carattere giurisdizionale nella funzione dell'arbitro, che pronuncia come amichevole compositore: il che, intanto, toglie di mezzo, in un numero notevole di casi, la possibilità di costruire l'istituto arbitrale sulla base giurisdizionale. Altri argomenti dedotti dal sistema della legge positiva conducono alla stessa conclusione, anche quando gli arbitri siano chiamati a decidere secondo le norme del diritto. Infatti:

*a)* Per l'art. 9 Cod. proc. civ. " il compromesso fatto da un amministratore, o da chi non può liberamente disporre della cosa su cui cade la controversia, non ha effetto, *se non quando sia approvato nei modi stabiliti per la transazione* ": ora, se la *ratifica* susseguente ad un compromesso invalido, e quindi incapace di produrre gli effetti giuridici proprî di questo negozio, basta a convalidarlo, ciò vuol dire che quegli effetti giuridici dipendono appunto ed esclusivamente, dalla *volontà privata*, la quale può perfino dare *ex post* efficacia giuridica ad un lodo invalido quando fu pronunciato! (12).

*b)* Per l'art. 10, chiunque, cittadino o *straniero*, può essere nominato arbitro; ma poichè requisito essenziale per essere ammesso al godimento dei diritti politici in generale, e all'esercizio della funzione giurisdizionale in ispecie, è la *cittadinanza italiana* (articolo 3 Cod. civ.; art. 9 Regolam. gener. giudiziario), ciò significa che l'ufficio degli arbitri non fu dalla legge considerato come esercizio di potestà giurisdizionale (13).

---

(12) Ciò risulta letteramente dall'art. 9. Quanto è detto nel testo lascia impregiudicata la nota questione, se la nullità comminata in questo articolo sia *assoluta* o *relativa* (per la nullità soltanto relativa: **Amar**, *Dei giudizi arbitrali*, 2ª ed., n° 39; — **Cuzzeri**, *Commento*, I, sull'art. 9, pag. 27; — **Mattirolo**, *Diritto giudiziario civile* (5ª ed.), Torino, 1902-1905, I, n° 739; — per la nullità assoluta: **Mortara**, *Commentario*, III, pag. 74 e segg.; — **Codovilla**, *Del compromesso*, pag. 102 e segg.). A nostro avviso, poichè la nullità in questione dipende da *incapacità delle parti a disporre delle cose oggetto del compromesso*, non vi è alcuna ragione per non applicare i principî generali del diritto civile circa la nullità dei contratti per incapacità dei contraenti.

(13) La partecipazione alle funzioni giudiziarie fa parte dello *status activae*

*c)* Per l'art. 17, le parti hanno facoltà di convenire liberamente le forme e i termini della procedura arbitrale; ciò prova ancora una volta che non si tratta di un procedimento pubblico, ossia dell'esercizio della funzione giurisdizionale pubblica, giacchè le forme, nel processo, essendo d'ordine pubblico, la loro determinazione e la loro osservanza non si può far dipendere dalla volontà privata (14).

*d)* Nel silenzio della legge, è certo (e nessuno infatti ne dubita) che gli arbitri non possono procedere personalmente ad atti d'istruttoria, che richiedano una qualsiasi forma di coercizione sulle persone (citazione di testimoni e periti, accessi giudiziali, ecc.). Inoltre, dagli art. 18 e 208 si desume, per facile argomentazione *a contrario*, che gli arbitri non sono neppure autorizzati a rivolgersi al magistrato ordinario per compiere tali atti (15). Quindi, ad essi mancano i poteri più essenziali dei magistrati investiti della funzione giurisdizionale, ed indispensabili per l'esercizio di tale funzione (16).

Nè la possibilità di rendere *esecutivo* il lodo, mediante il procedimento stabilito nell'art. 24, ne altera punto il carattere privato. In che consiste, e quale è lo scopo di questo procedimento? La legge richiede anzitutto, a pena di nullità, che il lodo sia depositato nella cancelleria della pretura, entro cinque giorni da che fu

---

*civitatis*, il quale non spetta allo straniero, neppure se trovasi nel territorio dello Stato (*subditus temporarius*), ma soltanto al cittadino, cioè all'appartenente allo Stato: cfr. **Romano**, *Teoria dei diritti pubblici subiettivi*, pag. 173.

(14) Ciò si desume dallo scopo stesso e dalla funzione delle forme processuali: cfr. **Chiovenda**, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi di diritto processuale*, specialm. pagg. 195 e 197.

(15) Cfr. **Mortara**, *Commentario*, III, pagg. 147 e 150. Altri scrittori (per es. **Mattirolo**, *Diritto giudiziario*, I, n° 772 testo e nota 3) ammettono la possibilità della delegazione al magistrato ordinario, purchè essa avvenga con sentenza interlocutoria da rendersi esecutiva nei modi indicati dall'art. 24. Ma non sappiamo vedere come una decisione degli arbitri, la quale, al pari di tutte le loro pronuncie, non può aver valore obbligatorio che per le parti, possa, colla esecutorietà, obbligare il magistrato, e diventare un titolo esecutivo contro di esso.

(16) Cfr. lo stesso **Mortara**, *Commentario*, III, pag. 151.

pronunziato. Fin qui, nulla che provi contro la natura privata del lodo, giacchè un obbligo analogo viene imposto, da altre disposizioni di legge, rispetto ad atti che sono di natura indubbiamente privata (cfr., ad es.: art. 90, 92, 96 Cod. comm.). Compiuta questa formalità, il lodo, come tale, è valido, giacchè la legge commina la nullità solo per il mancato deposito, e si deve quindi ritenere che il lodo, come atto degli arbitri, si perfezioni appunto col deposito in cancelleria. Solo, esso non diviene esecutorio, se non interviene un *decreto* del pretore. La *esecutorietà*, evidentemente, non si riferisce alla *obbligatorietà* del lodo per le parti, ma alla possibilità di una *esecuzione forzata* di esso, per la quale occorre l'intervento di un pubblico funzionario (concettualmente, anche di un organo non giurisdizionale). Nel caso nostro, questo funzionario è il pretore, scelto come il più idoneo a fare un esame rapido e sommario della *legalità estrinseca* del lodo. Ma il pretore non agisce qui come investito di *potestà giurisdizionale*, ma nell'esercizio di una *funzione amministrativa*, nella sua qualità di organo della così detta *giurisdizione volontaria*. Tutto ciò adunque non solo non infirma, ma conferma che il lodo è un atto di natura esclusivamente privata, a cui non contraddice punto la qualità di titolo esecutivo acquistata dopo l'emanazione del decreto pretoriale, essendo possibilissimo che quella qualità sia concessa anche ad atti privati (per es., la cambiale: art. 323 Cod. comm.).

**17.** La costruzione dell'arbitramento come istituto di diritto privato (argomento attraentissimo, su cui dobbiamo di necessità sorvolare) non presenta serie difficoltà. In breve, siamo qui in presenza di un particolare atteggiamento di un istituto generale e ben noto del diritto privato: quello dell'*arbitrio del terzo come elemento di determinazione della volontà privata*. Altre applicazioni dello stesso principio ci offrono: l'obbligazione alternativa con scelta deferita a un terzo; la compra-vendita, in cui la determinazione del prezzo sia affidata ad un terzo (Cod. civ., art. 1454; Cod. comm., art. 60); la determinazione deferita a un terzo della parte di ciascun socio negli utili e nelle perdite, nel contratto di società (Cod. civ., art. 1718); il patto, con cui le parti deferiscono ad uno

o più terzi la determinazione delle condizioni di un loro contratto futuro, di cui si hanno frequenti applicazioni nelle odierne lotte economiche fra padroni e operai (17). In tutti questi casi, e in altri analoghi, noi abbiamo volontà private, le quali, non accordandosi subito sulla composizione dei loro interessi in conflitto, si accordano però sul *modo* con cui tale composizione dovrà avvenire: e precisamente, coll'affidare ad un *terzo* l'incarico di effettuarla. Sono dunque tutti casi di dichiarazioni di volontà a contenuto *indeterminato*, ma giuridicamente efficaci e vincolanti, perchè *determinabili* nel loro contenuto secondo norme prestabilite, e, precisamente, secondo il giudizio emesso da una terza persona *a priori* determinata o determinabile (18). Circa le condizioni alle quali la validità di una tale dichiarazione di volontà *indeterminata* è sottoposta, non è qui il caso di intrattenersi: qui basti aver ricordato la possibilità di una dichiarazione di tal fatta. La quale, s'intende, produce i suoi concreti effetti giuridici nel momento in cui avviene la *determinazione effettiva* per opera del terzo. In questo momento la volontà acquista il suo contenuto determinato ed opera giuridicamente. Questo, e non altro, a nostro avviso, è ciò che avviene anche nell'arbitramento. Nel compromesso, le parti dichiarano la loro volontà generica di comporre le loro controversie, secondo quello che verrà stabilito da una o più persone di loro fiducia, chiamate arbitri (nome generico che si attaglia anche ad altre figure analoghe). La volontà *indeterminata* delle parti si *determina*

---

(17) Sull'arbitrio del terzo come elemento di determinazione della volontà nei negozi giuridici v. **Ricca-Barberis**, *La determinazione del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, nell'*Archivio giuridico*, 1903, pagg. 60 e segg.; **Kipp** nei *Jahrbücher für die Dogmatik*, XXXV, pag. 105 e segg.; — **Dernburg**, *Preussisches Privatrecht*, 5ª edizione, II, Halle, 1897, pag. 52; — **Messina**, *I concordati di tariffe*, nella *Rivista di diritto commerciale, industriale* e *marittimo*, 1904, pagg. 488-489; — **Bonfante**, *nota*, nella stessa *Rivista*, 1905, pag. 50.

(18) Sulla volontà indeterminata nei negozi giuridici v. specialmente, a proposito delle obbligazioni alternative: **Bernstein**, *Zur Lehre vom alternativen Wille und den alternativen Rechtsgeschäften*, Abth. I, *Der alternative Wille und die alternative Obligation*, 1878, pagg. 1 e segg.; — **Pescatore**, *Die sogenannte alternative Obligation*, Marburg, 1880, pagg. 50 e segg.; — **Ryck**, *Die Lehre von der Schuldverhältnissen*, Berlin, 1883-1888, pagg. 208 e segg.

mediante la pronuncia del lodo, la cui funzione è appunto quella di determinare il contenuto della volontà delle parti, manifestata indeterminatamente nel compromesso. Il lodo dunque non obbliga le parti, se non in quanto determina la loro volontà dichiarata nel compromesso: è da questa volontà che esso attinge tutta la sua efficacia giuridica. Emanato il lodo, la volontà delle parti, integrata e determinata, opera completamente, stabilendo in modo preciso e non controvertibile quali sono i diritti di ciascuno dei compromittenti (19). Sostanzialmente, il compromesso non è che una transazione; con questo di particolare: che la determinazione delle sue condizioni, invece di esser fatta subito dalle parti, è da queste rimessa ad uno o più terzi di loro fiducia, i quali vi debbono pro-

---

(19) Il **Mortara**, *Commentario*, III, pag. 42 (v. anche pag. 175) ammette bensì che " la libertà civile dei singoli soggetti di diritto, che è della essenza dello Stato moderno, in quanto si svolge nella sfera delle private convenzioni, garantisce senza dubbio la facoltà di deferire le controversie alla decisione di terzi, o per meglio dire, di convenire che la volontà del terzo sarà accettata dalle parti a risoluzione del loro contrasto ", ma afferma che " questa non è ancora la forma di un giudizio, perchè alla volontà del terzo manca qualsiasi forza di coazione per imporsi alle parti contraenti. Soltanto sarebbe logica e strettamente contenuta nei confini della libertà contrattuale, la applicazione dei principî generali del diritto delle obbligazioni, nel senso che la parte la quale, violando la promessa, ricusi di stare alla volontà del terzo debba risarcire i danni derivanti dalla violazione del patto bilaterale, e possa essere costretta con azione giudiziaria ad adempierla ". Tutto ciò però, che si attaglia benissimo alla *clausola compromissoria*, nella quale le parti *si impegnano* semplicemente di deferire ad uno o più terzi la risoluzione di una loro controversia, non vale invece per il compromesso propriamente detto, in cui le parti *deferiscono* senz'altro, a uno o più terzi, la risoluzione di una controversia. La clausola compromissoria, è, sì, un *contratto preliminare* che, in caso di inadempimento, non può, nel nostro diritto, dar luogo che al risarcimento dei danni. Il compromesso invece è un contratto definitivo, in cui le parti non si *impegnano* già *a volere* secondo la pronuncia degli arbitri, ma *dichiarano di volere* ciò che gli arbitri determineranno. Nel compromesso non vi è un obbligo *a emettere* una dichiarazione di volontà secondo il contenuto determinato da un terzo: vi è addirittura *una dichiarazione di volontà* di contenuto indeterminato, ma determinabile per opera di un terzo. Non vi è dunque una *volontà* del terzo che si deve *imporre* alle parti contraenti, vi è da parte del terzo una determinazione (che non implica un *atto di volontà*, ma un semplice *giudizio logico*) del contenuto di una volontà già esistente, sebbene indeterminata, e che appena determinata, opera giuridicamente per sola virtù propria.

cedere colle norme e nelle forme da essi stabilite. Le disposizioni della legge sul procedimento arbitrale non sono dirette che ad assicurare il sicuro e fedele adempimento di questo delicato incarico. S'intende perciò, come il compromesso importi un atto di disposizione più ampio della transazione: il che giustifica la norma dell'art. 1742 Cod. civ., per cui la facoltà di fare transazioni, conferita al mandatario, non comprende quella di far compromessi.

Siamo dunque, come si è visto, sempre nell'orbita di rapporti puramente privati, in cui la funzione giurisdizionale dello Stato non entra nè punto, nè poco. Il che, se pur ve ne fosse ancora bisogno, è confermato da un'altra considerazione. La funzione giurisdizionale, nello stadio di accertamento, presuppone sempre che le parti non vogliano o non possano assoggettarsi volontariamente alla norma che tutela l'interesse dell'una di fronte a quello dell'altra: solo in questo caso vi è quell'*incertezza* che l'attività giudiziale deve eliminare. Qui invece le parti *vogliono* assoggettarsi spontaneamente alla norma e *provvedono esse stesse, di pieno accordo*, ad eliminare ogni incertezza sulla portata dei loro diritti. Che poi esse ciò facciano mediante un atto di volontà di effetto immediato, o di effetto mediato, questo certamente non cambia la natura delle cose.

Quanto si è detto finora spiega anche (il che può a prima vista sembrar meno agevole) l'istituto dell'*appello* contro la decisione arbitrale. L'appello ad altri arbitri non implica che la possibilità di ottenere, sull'istanza della parte, che si ritiene lesa nei propri interessi dalla determinazione fatta dai primi arbitri, una seconda e più matura determinazione del contenuto delle volontà dichiarate indeterminatamente nel compromesso. Invece la possibilità dell'appello al magistrato ordinario (che il nostro codice ammette veramente in limiti un po' troppo larghi, a confronto di altre legislazioni più moderne e perfette, come la germanica e l'austriaca), implica la concessione a ciascuna delle parti compromittenti della facoltà di sottrarsi agli effetti della determinazione fatta dagli arbitri, facendo decidere dal magistrato ordinario la controversia. In questo caso il compromesso, come contratto diretto a comporre di comune accordo le controversie vertenti tra le parti, *non ha effetto*:

o meglio, produce l'effetto limitato di una rinuncia (permessa dalla legge) ad un grado di giurisdizione. Si tratta, in fondo, di un vero caso di *rescissione* parziale del contratto, per volontà unilaterale di una parte.

**18.** Resta adunque fermo che il lodo arbitrale va nettamente delimitato dalla sentenza del giudice, giacchè esso è un atto *privato* dell'arbitro, nell'adempimento di un incarico di natura privata. Questo principio è fecondo di conseguenze pratiche, di cui ci limiteremo qui ad enumerare qualcuna delle più importanti:

*a)* le parti possono convenire che la deliberazione degli arbitri sia presa ad *unanimità* e non a semplice *maggioranza*, derogando alla norma dell'art. 21, che deve perciò ritenersi puramente *interpretativa* e non *imperativa*. E si comprende: affidando a un collegio di terzi la determinazione del contenuto della loro volontà, le parti compromettenti possono condizionare questa determinazione a tutte le forme e requisiti che credono opportuni. Chi ha facoltà di emettere una dichiarazione di volontà privata, può subordinarne la emissione a tutte le condizioni che crede (20);

*b)* se gli arbitri non riescono a mettersi d'accordo sulla formulazione del lodo, per motivi plausibili, vien meno il loro obbligo di pronunziare. Non sarà perciò per essi obbligatoria l'applicazione dell'art. 359 Cod. proc. civ., che dà modo ai giudici di deliberare in ogni caso la sentenza. Ben diversa è infatti la posizione dell'arbitro e quella del giudice: il primo ha assunto un obbligo di diritto privato, a cui non è tenuto se non nei limiti del possibile. Il secondo esercita una pubblica funzione, a cui non deve in nessun caso sottrarsi, e che la legge provvede sia in ogni modo adempiuta (21);

*c)* gli arbitri non possono, a meno che non risulti che le parti

(20) Cfr. **Mortara**, *Commentario*, III, pag. 162.

(21) V. sulla questione: **Amar**, *Dei giudizi arbitrali*, n° 172; — **Cuzzeri**, *Il Codice di procedura civile*, I, sull'art. 21, pag. 60; — **Mattirolo**, *Diritto giudiziario*, I, pag. 702. Anche il **Mortara**, *Commentario*, III, pag. 163, ritiene che gli arbitri non abbiano *obbligo* di applicare questa disposizione.

abbiano loro conferito altresì questo incarico, determinare col lodo anche le somme loro spettanti per rimborso di spese e per compensi, e tanto meno addossarne il pagamento alla parte soccombente. La regola dell'art. 370 Cod. proc. civ., qui non può trovare applicazione, giacchè gli arbitri non hanno, come i giudici, la potestà di imporre la loro volontà alle parti, ma si limitano a determinare il contenuto di una volontà che le parti debbono avere, sia pure indeterminatamente, manifestato (22);

*d)* il lodo arbitrale essendo atto privato, tale resta anche dopo il deposito nella cancelleria della pretura, ed anche dopo l'emanazione del decreto del pretore che gli concede l'esecutorietà. Atti pubblici sono solo il verbale del cancelliere che accerta l'eseguito deposito e il decreto del pretore. Quindi neppure dopo il deposito il lodo acquista l'autorità *estrinseca* dell'atto pubblico (23).

**19.** Dobbiamo ora delimitare le sentenze dalle decisioni di alcuni organi, di cui è dubbia e fortemente controversa la natura giurisdizionale: intendiamo dire degli organi della così detta *giu-*

---

(22) L'opinione dominante è in senso contrario riguardo alle spese. V. **Chiovenda**, *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino, 1901, pag. 405, nota 2 e sentenze ivi citate. Il **Mortara**, *Commentario*, pag. 139, pur ammettendo che gli arbitri possano condannare la parte soccombente alle *spese*, ritiene che altrettanto non possano fare quanto al *compenso* loro dovuto, a meno di una espressa convenzione delle parti: in nessun caso però, neanche qualora tale facoltà fosse loro conferita nel compromesso, potrebbero gli arbitri, secondo il **Mortara** (pag. 138), *liquidare* a sè stessi il compenso. A noi sembra che quest'ultima opinione sia troppo assoluta. Se le parti si rimettessero totalmente agli arbitri per la determinazione del compenso, si potrebbe dubitare fondatamente della validità di tale clausola, perchè si avrebbe una obbligazione, il cui obietto è non soltanto indeterminato, ma rimesso del tutto all'arbitrio del creditore (riguardo al compenso infatti gli arbitri non sono *terzi*, ma *parti*). Ma se le parti, nel compromesso, stabiliscono i *criteri* in base ai quali dovrà essere stabilito il compenso, non vediamo difficoltà perchè la ulteriore *determinazione* e *liquidazione* di esso possa essere deferita agli arbitri stessi.

(23) Per la natura privata del lodo: **Mattirolo**, *Diritto giudiziario*, I, n. 787, pag. 709; — **Garsonnet**, *Traité de la procédure civile*, VIII, § 1498. Per la natura di atto pubblico invece, coerentemente, il **Mortara**, *Commentario*, III, pag. 174, testo e nota 1.

*stizia amministrativa*, in ispecie: della *IV Sezione del Consiglio di Stato*.

S'intende che qui lasciamo da parte i casi in cui la IV Sezione è indubbiamente investita di giurisdizione, i casi cioè in cui essa agisce certamente come organo di una *giurisdizione speciale* (24), e ci occupiamo soltanto delle decisioni emesse da questo collegio come organo della *giustizia amministrativa*.

La questione, se la IV Sezione del Consiglio di Stato sia un organo puramente amministrativo, oppure se, specialmente nella decisione dei ricorsi deferitile dall'art. 24 della legge 2 giugno 1889, essa spieghi invece una attività giurisdizionale, è stata vivamente agitata in Italia in questi ultimi anni, nè può dirsi ancora sopita, per quanto l'opinione prevalente sia quella che ammette il carattere giurisdizionale della IV Sezione, e quindi riconosce la natura e il valore di vere sentenze alle pronuncie che essa emana (25).

---

(24) Su questi casi v. **Romano**, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, nel *Trattato di diritto amministrativo* dell'**Orlando**, III, pagg. 564 e segg.; e *Principî di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, pag. 171; — **Orlando**, *La giustizia amministrativa*, nello stesso *Trattato*, III, pagg. 822-823; — **Mattirolo**, *Trattato*, 5ª ed., I, pag. 408 e segg.

(25) Per il carattere giurisdizionale della Sezione quarta del Consiglio di Stato si sono pronunciati: **Bertolini**, *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*,pag. 160; — **Armanni**, *La riforma del Consiglio di Stato e la giurisdizione amministrativa*, Assisi, 1891, pag. 113; — **Meucci**, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alla leggi recenti*, nella *Giustizia amministrativa*, 1891, fasc. 17 e 18 — **De Nava**, *Il Consiglio di Stato*, nel *Digesto italiano*, pagina 73: — **Salandra**, *Trattato della giustizia amministraliva*, Torino, 1904, pag. 517; — **Vacchelli**, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini*, nel *Trattato di diritto amministrativo* dell'**Orlando**, III, pag. 475 e segg.; — **Mortara**, *Commentario*, I, pag. 29 e segg., e specialm. 55 e segg.: — **Cammeo**, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, pagine 129, 276 e segg.; — **Scialoja**, *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, nella *Giustizia amministrativa* 1901, IV, pagg. 68 e 73; — **Chiovenda**, *L'azione nel sistema dei diritti*, pagina 33 nota; — **Lessona** su **Mattirolo**, *Trattato di diritto giudiziario civile*, 5ª ed., V, pag. 82. Per la natura non giurisdizionale, ma amministrativa della funzione della IV Sezione in materia di giustizia amministrativa, v. **Ranelletti**, nel *Foro it.*, 1893, col. 482 e segg.; — **Orlando**, *La giustizia amministrativa*, nel suo *Trattato*, III, pagg. 758 e segg.; — **Schanzer**, *La posizione costituzionale della IV Sezione del Consiglio di Stato* nella *Legge*, 1901, I, pagg. 320 e segg.; — **Romano**, *Le giurisdizioni*

Senza pretendere di trattar qui, incidentalmente, una questione, che ha oramai in Italia una ricca letteratura, ci limiteremo a dir brevemente la nostra opinione, in quanto è strettamente necessario per la miglior determinazione del concetto di sentenza, che è l'oggetto principale delle nostre indagini.

Non occorre qui ripetere quanto si è detto più sopra intorno al concetto generale di giurisdizione, e intorno alla distinzione tra attività amministrativa e giurisdizionale. Perchè si abbia materia all'attività giurisdizionale, occorre che vi sia un interesse in istato di non soddisfacimento per l'*incertezza* o l'*inosservanza* della norma giuridica, che lo tutela nel caso concreto. Nell'attività giurisdizionale dunque è sempre in questione un *interesse tutelato giuridicamente*, ossia, un *diritto subiettivo*: o che si tratti di *accertarne* la tutela, o che si tratti di *soddisfarlo coattivamente*, nei limiti della tutela accertata. E quindi la *sentenza* ha sempre per oggetto l'accertamento della esistenza o non esistenza di un *diritto subiettivo*. Il problema perciò del carattere giurisdizionale della IV Sezione deve porsi nel modo seguente: l'attività della IV Sezione ha per oggetto l'accertamento di *diritti subiettivi* incerti o controversi? Le decisioni della IV Sezione pronunciano sull'esistenza o non esistenza di un *diritto subiettivo*? Poichè — come abbiamo veduto — l'*accertamento della tutela giuridica spettante agli interessi concreti* è il carattere *essenziale* ed *intrinseco* della funzione giurisdizionale nel suo primo momento (dichiarativo), ad esclusione di altri che sono o meramente *estrinseci* o *non essenziali*, questo carattere deve riscontrarsi nella funzione della IV Sezione se essa costituisce appunto — come molti affermano — il momento dichiarativo di una funzione giurisdizionale.

E posto in questi termini il problema, a noi sembra lo si debba risolvere negativamente, ossia nel senso che le funzioni della IV Sezione, per l'esercizio della così detta giustizia amministrativa, hanno

---

*speciali amministrative*, nel *Trattato* dell'**Orlando**, III, pagg. 551-552 e *Principi di diritto amministrativo*, pagg. 163, 184. Incerto **Codacci-Pisanelli**, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, nella *Giurisprudenza italiana*, 1895, IV, pag. 249.

carattere amministrativo e non giurisdizionale. E ciò per due fondamentali ragioni, a cui ci accontenteremo di accennare brevemente.

**20.** Anzitutto, la storia della legislazione nostra sul contenzioso amministrativo e la giustizia amministrativa, dimostra chiaramente che con la legge 2 giugno 1889 non si intese affatto di creare un organo che provvedesse all'*accertamento* dei *diritti subiettivi*; giacchè il pronunciare sui diritti *subiettivi* era stato, già fin dalla legge del 1865, deferito ai tribunali ordinarî, o alle giurisdizioni speciali, e con la legge del 1889 non si volle punto sottrarre ad essi alcuna parte della loro competenza, ma soltanto meglio provvedere alla tutela di interessi, che non potevano farsi valere in via giurisdizionale, ossia che *non costituivano diritti subiettivi* (26). Tanto la legge del 1865, quanto quella del 1889, poggiano tutte sulla distinzione tra *diritto* e *interesse*, che è uno dei capisaldi della nostra tradizione giuridica in questa materia: il *diritto*, il cui accertamento e realizzazione forzata forma oggetto dell'attività giurisdizionale dei giudici ordinarî e dei giudici speciali; l'*interesse*, il cui soddisfacimento è affidato al prudente arbitrio dell'amministrazione stessa, colle garanzie più imperfette della legge del 1865, prima, con quelle più perfette della legge del 1889, poi. Nella quale perciò la IV Sezione non è considerata che come l'organo supremo, circondato dalle maggiori possibili garanzie di forma e di sostanza, del controllo dell'amministrazione sugli atti dell'amministrazione stessa.

---

(26) V. una diligente esposizione dei precedenti storici della riforma del 1889, in **Orlando**, *La giustizia amministrativa*, pag. 633 e segg., il quale così riassume (pag. 645, 646 e 727) i risultati dell'indagine: " Un'osservazione scaturisce evidente e spontanea dalla storia dei precedenti, in vario ordine, che prepararono la riforma del 1889: che cioè si volle *supplire alle deficienze* dell'ordinamento del 1865, lasciando immutata la competenza già spettante ai tribunali ordinari. Il concetto, dunque, che implicitamente o esplicitamente, si ricava da tutta la preparazione dottrinale e legislativa della legge nostra è che, ritenendosi sufficientemente garentiti dalla difesa giurisdizionale i rapporti cui riferivasi l'art. 2 della legge del 1865, si volessero provvedere di difesa altri *rapporti* fra i privati e le amministrazioni pubbliche; rapporti, la cui natura escludeva l'esercizio di una competenza puramente giurisdizionale ".

In secondo luogo, il confronto tra le disposizioni degli articoli 2 e 3 della legge 20 marzo 1865, e 24 della legge 2 giugno 1889, conferma che la distinzione tra *diritto* e *interesse* è accolta dalla nostra legislazione positiva, e che la materia dell'attività della IV Sezione è data appunto dagli *interessi*, e non dai *diritti subiettivi*, che formano oggetto della attività degli organi giurisdizionali, ordinarî e speciali. Infatti: per l'art. 2 della legge del 1865 sono devolute alla giurisdizione ordinaria " tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico ", mentre, per l'art. 3, " gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative ". E per l'art. 24 della legge del 1889 " spetta alla IV Sezione del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa..... quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria..... ". Il che significa appunto che quando il ricorso ha per base uno dei tre motivi enumerati nell'art. 24, l'*autorità amministrativa*, competente a conoscerne per l'art. 3 della legge del 1865, è la IV Sezione del Consiglio di Stato. Se infatti, per l'art. 24, sono esclusi dalla competenza della IV Sezione i ricorsi che sono di competenza dell'autorità giudiziaria; se per determinare quali ricorsi sono di competenza dell'autorità giudiziaria, bisogna riferirsi all'art. 2 della legge del 1865, è chiaro che gli affari devoluti alla IV Sezione *non fanno parte di quelli compresi nell'art. 2, ma di quelli compresi nell'art. 3*: quindi che le questioni riguardanti *diritti subiettivi* (*privati e pubblici* o *politici*, come dice l'art. 2), continuano, anche dopo la legge del 1889, a formar materia dell'attività degli organi giurisdizionali; e che, le questioni devolute alla IV Sezione sono quelle riguardanti semplici *interessi*, nei tre casi enumerati nell'art. 24, in cui alla violazione di un interesse individuale si accompagna anche la violazione di un interesse pubblico.

Adunque la storia e le disposizioni positive della vigente legislazione italiana rendono certo che l'attività della Sezione quarta non può mai avere per oggetto *diritti subiettivi come tali*, ma solo *interessi*: il che esclude dunque senz'altro, secondo quanto dicemmo

lungamente più sopra, che si possa trattare di una funzione di carattere giurisdizionale.

21. A questa conclusione non ci si può sottrarre che in due modi: o negando che elemento essenziale della giurisdizione nello stadio di accertamento sia il pronunciare sull'esistenza o non esistenza di diritti subbiettivi; ovvero affermando che gli interessi, i quali formano obietto dell'attività della Sezione quarta, non sono appunto altro che diritti subiettivi.

Sulle opinioni che si valgono di argomenti della prima specie non ci intratterremo molto, perchè esse furono esaminate e confutate quando si trattò di stabilire il concetto generale di giurisdizione. Quelle opinioni partono da un concetto della giurisdizione o puramente estrinseco e formale o eccessivamente indeterminato e quindi insufficiente: mentre a noi sembra che se una distinzione è da farsi tra attività giurisdizionale e amministrativa, questa deve poggiare su criterî *sostanziali e ben determinati*. Che se per avventura si ritenesse essere impossibile una tale distinzione, e doversi confessare la sostanziale identità tra le due specie di funzioni, ciò condurrebbe non già a risolvere la questione nostra nel senso del carattere giurisdizionale della IV Sezione, piuttosto che nel senso, da noi preferito, del suo carattere amministrativo, ma *addirittura a negare la possibilità e l'utilità della questione.* Il che, probabilmente, oltrepassa anche gli intenti dei nostri contradittori.

Sull'altra opinione invece, ben più radicale, che, pur accettando, in sostanza, il concetto da noi accolto della giurisdizione, e pur ritenendone estremo indispensabile l'accertamento di un *diritto subiettivo* incerto o controverso, afferma francamente che questo è appunto il còmpito della IV Sezione, occorre che ci intratteniamo un poco più a lungo (27).

---

(27) In questo senso **Mortara**, fin dalle prime edizioni del suo *Commentario*, di cui v. ora la 3ª ed., I, pagg. 55-60; — e **Cammeo**, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, pagg. 129, 283-285, 313, e segg., il quale mi sembra che a torto citi a favore della opinione che la giustizia amministrativa abbia per oggetto diritti subiettivi, l'**Orlando**, op. cit., pag. 729 e segg. Questo autore invece, pur combattendo il concetto di una giurisdizione am-

Il primo, che io mi sappia, a entrare nettamente in quest'ordine di idee, è stato il Mortara. Il quale, dopo avere ammesso che, almeno di regola, gli interessi, che possono farsi valere davanti alla IV Sezione, per l'art. 24 della legge 2 giugno 1889, sono quelli che la legge del 1865 lasciava privi di ogni tutela, affidandone il soddisfacimeuto all'arbitrio della stessa amministrazione, appena temperato dalle insufficienti garanzie dell'art. 3, afferma che per dato e fatto della legge 2 giugno 1889, questi interessi, che anteriormente erano puri e semplici, sono diventati veri e proprî diritti subiettivi. Se infatti — continua il Mortara — il diritto subiettivo non è che un interesse a cui la legge conferisce la potestà di esigere quella utilità che gli è inerente, quando la legge parla di interessi, e al tempo stesso conferisce loro questa potestà, essa non ha bisogno di aggiungere che sono diritti. Lo sono per conseguenza indefettibile della garanzia che la legge ha loro accordata. Coll'accordare la tutela giurisdizionale agli interessi individuali, quando essi siano lesi da un atto amministrativo illegittimo (articolo 24 legge 2 giugno 1889), la legge ha riconosciuto un *diritto subiettivo* dei cittadini alla *legittimità* degli atti amministrativi, il quale appunto si fa valere davanti alla IV Sezione del Consiglio di Stato.

A questo ragionamento, certamente acuto, possono muoversi varie obbiezioni.

Osserviamo in primo luogo che da una più precisa determinazione del concetto di *diritto subiettivo* rimane gravemente infirmata la deduzione che gli interessi i quali si possono far valere mediante

---

ministrativa " di diritto obbiettivo ", afferma chiaramente che la giustizia amministrativa non implica neppure una giurisdizione di diritti subiettivi, per la assai semplice ragione che essa non è, per lui, una giurisdizione. Veggasi quanto egli scrive a pag. 730 a proposito della IV Sezione: " ...è certo che non possiamo versare in tema di vera e propria giurisdizione appunto perchè l'ipotesi stessa, in cui versiamo, è che la tutela dei diritti subiettivi essendo dall'art. 2 della legge del 1865 affidata ai tribunali ordinari, e ricercando noi quali materie di competenza possano dirsi proprie della IV Sezione — *con esclusione della materia dei diritti subiettivi* — *abbiamo con ciò escluso pure, a priori, l'elemento precipuo di una giurisdizione in senso proprio, che è, precisamente, di statuire su diritti subiettivi* ".

il ricorso alla IV Sezione a termini dell'art. 24 della legge 2 giugno 1889 siano stati senz'altro trasformati in veri e proprî diritti subiettivi, per il fatto stesso della concessione di questa garanzia.

Dalla definizione del diritto subiettivo oramai comunemente accettata, la quale lo considera come " un interesse giuridicamente protetto mediante il riconoscimento della volontà che lo prosegue ", si desume che non basta, per darsi diritto subiettivo, che un interesse trovi, nell'ordinamento giuridico, una qualsiasi forma di protezione. Occorre invece che dal diritto sia dato un valore *decisivo* alla volontà che prosegue quell'interesse, che cioè la volontà, la quale prosegue quell'interesse, sia dal diritto fatta *arbitra* di ottenerne il soddisfacimento. Ciò importa, che quando il soddisfacimento di un interesse non si faccia dalla legge dipendere unicamente dalla volontà di colui che lo prosegue, ma in tutto o in parte da un'altra volontà, esso non possa dirsi un diritto subiettivo: perchè un interesse costituisca diritto subiettivo occorre che sia tutelato *in modo indipendente.* Ora può dirsi altrettanto degli interessi contemplati nell'art. 24? No certamente. Nè prima, nè dopo la legge del 1889, questi interessi sono stati tutelati in modo indipendente: ma e prima, e dopo la legge, essi in tanto hanno potuto essere soddisfatti, in quanto coincidevano con l'interesse pubblico. Diritto subiettivo significa sempre interesse di un subietto in contrasto coll'interesse di un altro subietto, e tutelato dal diritto in *confronto e a preferenza* di questo. Ora, evidentemente, tale non è il caso degli interessi individuali in questione, che sono presi in considerazione non in quanto siano *in contrasto,* ma solo in quanto *coincidano* coll'interesse dello Stato. La circostanza che questi interessi si possano far valere mediante ricorso ad un determinato organo statuale, non muta affatto la situazione. Finchè non si è dimostrato, che còmpito di quest'organo è di procurare il soddisfacimento di tali interessi *indipendentemente* da altri interessi, a preferenza e in confronto di altri interessi con essi in contrasto, siano pure quest'ultimi, interessi dello Stato, non si è provato punto che colla istituzione di quell'organo si siano elevati tali interessi alla dignità di veri e proprî diritti subiettivi, e che perciò a quell'organo spetti la qualità di organo giurisdizionale dello Stato.

Nè questa conclusione è meglio suffragata dall'asserita esistenza di un vero e proprio diritto alla *legittimità degli atti amministrativi* spettante ai cittadini. Il diritto alla legittimità di un atto, non è che il diritto all'osservanza delle norme giuridiche che regolano quell'atto: il quale diritto spetta solo al titolare dell'interesse, che la norma giuridica ha voluto proteggere prescrivendo che l'atto sia compiuto in quel modo determinato, e non già a chiunque possa avere interesse a che la norma sia osservata. Così, ad esempio, possono essere varî i proprietarî di fabbricati circostanti, i quali hanno *interesse* a che il proprietario di un determinato edificio non lo sopraelevi oltre un certo limite, ma il *diritto* a che la sopraelevazione non avvenga, spetta solo a quello di essi, che è titolare di una *servitus altius non tollendi*. Non basta, dunque, per l'esistenza di un diritto subiettivo, la esistenza di una norma e di un interesse a che la norma sia rispettata: occorre che la norma tuteli *quell'interesse*, e non altri. Quando perciò si afferma che esiste nei cittadini un diritto alla legittimità degli atti amministrativi, si dà per dimostrato che le norme giuridiche, le quali regolano quegli atti, sono dirette appunto a tutelare interessi individuali dei singoli. Il che, è evidente, è un risolvere la questione colla questione, giacchè quello che si tratta di vedere è appunto se, nei casi dell'art. 24, sono in giuoco interessi dei singoli tutelati *come tali*, ossia *diritti subiettivi* dei singoli. Alla quale questione vedemmo, che si deve *a priori* rispondere negativamente, quando si consideri che le norme, la cui osservanza l'art. 24 vuole assicurare, sono norme che regolano l'azione degli organi di Stato nell'*interesse dello Stato*, ossia che consacrano *diritti subiettivi* dello Stato di fronte ai suoi organi, non diritti subiettivi dei singoli di fronte allo Stato. Delle norme, invece, che garantiscono interessi dei singoli di fronte allo Stato si occupa l'art. 2 della legge 20 marzo 1865.

Del resto, l'argomentare dal fatto, che la legge del 1889 concede il ricorso ad un organo dello Stato contro gli atti amministrativi i quali ledono certi interessi, per concluderne che, in vista della legge stessa, tali interessi sono diritti subiettivi, si risolve, in ultima analisi, in un *idem per idem*. Noi infatti vogliamo sapere se gli interessi, di cui si occupa l'art. 24, sono veri diritti subiettivi, per

decidere quale è la natura del *ricorso* concesso a garanzia di quegli interessi, e quale è la natura dell'*organo* chiamato a decidere su tali ricorsi. Ora, l'affermare che tali interessi sono diritti subiettivi *perchè* è concesso a loro garanzia un ricorso alla IV Sezione, equivale a dare per dimostrato che il ricorso è un' azione, e la IV Sezione un organo giurisdizionale (28).

22. Noi riteniamo adunque che le decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato, come organo della giustizia amministrativa, non sono vere *sentenze*, ma *provvedimenti amministrativi*. Il che trova una indiretta conferma nel confronto tra il disposto dell'articolo 38 della legge 2 giugno 1889 e quello dell'articolo 4 della legge 20 marzo 1865. Mentre infatti, per principio generale, consacrato nell'art. 4 della legge del 1865, gli organi della giurisdizione, pronunciando nelle controversie tra la pubblica amministrazione e i cittadini, debbono limitarsi a conoscere degli *effetti* degli atti amministrativi, ma non possono mai annullare gli atti stessi, il quale còmpito è riservato alla stessa autorità amministrativa; per l'art. 38 della legge del 1889, la pronuncia della IV Sezione ha appunto l'effetto di annullare l'atto amministrativo. Sarebbe, è vero, concettualmente ammissibile, che agli organi della giurisdizione fosse deferito anche il potere di annullare gli atti amministrativi, e quindi non sarebbe del tutto illogico il ritenere che l'art. 38 costituisse una *eccezione* al principio contenuto nell'art. 4. Ma contro questa interpretazione dei due articoli si può

---

(28) È questo, in sostanza, a quanto ci sembra, anche il difetto del ragionamento del **Cammeo**, il quale, dopo avere correttamente stabilito, che per darsi diritto subiettivo occorre la *individualizzazione dell'interesse*, oltre all'esistenza di una norma giuridica in cui quell'interesse trovi tutela (pag. 107), finisce anch'egli con affermare che gli interessi legittimi lasciati indifesi dalla legge del 1865, divennero *diritti subiettivi* in virtù dell'art. 24 della legge del 1889 (pagg. 113 e 129 testo e nota 1). Questa conclusione avrebbe bisogno essa stessa di essere dimostrata (e su questo punto attendiamo con interesse il seguito della trattazione dell'egregio autore), ma dimostrata *indipendentemente* dal carattere giurisdizionale della IV Sezione, giacchè essa stessa è, alla sua volta, il *presupposto* della natura giurisdizionale della funzione deferita a quest'organo della giustizia amministrativa.

ancora osservare: che, in ogni caso, l'annullamento di un atto amministrativo fatto da un organo della giurisdizione civile, dovrebbe avere una efficacia ristretta alle parti in causa, giusta la regola che limita alle parti l'efficacia subiettiva della cosa giudicata: mentre l'annullamento degli atti amministrativi fatti dalla IV Sezione in base all'art. 38 della legge del 1889, ha una portata generale ed assoluta, come si desume facilmente dal letterale tenore dello stesso articolo (29).

Determinata così la natura giuridica della decisione della IV Sezione, e negato ad essa il carattere di una *sentenza*, si deve di necessità anche negarle gli effetti della *cosa giudicata* nei rapporti cogli organi della giurisdizione vera e propria, ossia dei tribunali ordinarî. La questione, di grande importanza pratica, è delle più controverse, ed è una di quelle a proposito delle quali si è più vivamente agitata la disputa intorno al carattere giurisdizionale o non della funzione della Sezione IV. Negato il carattere giurisdizionale di quest'organo della giustizia amministrativa, ne discende come indeclinabile conseguenza che quelle decisioni non hanno mai il valore di cosa giudicata e non vincolano i tribunali ordinarî. Se infatti è vero — come acutamente osserva lo Scialoja — che, ammesso il carattere giurisdizionale della IV Sezione, non per questo si deve necessariamente concedere il valore di cosa giudicata alle sue decisioni nei rapporti coi tribunali ordinarî, giacchè concettualmente l'autorità della cosa giudicata non implica un valore *assoluto* nella sentenza, viceversa, negato il carattere giurisdizionale alla decisione della Sezione IV e quindi il carattere di sentenza alle sue decisioni, si deve di necessità concludere che tali decisioni non vincolano in alcun caso gli organi della vera e propria giurisdizione.

---

(29) **Orlando**, *La giustizia amministrativa*, pag. 1047; — **Mortara**, *Commentario*, I, num. 214 e 340; — Contr. **Cammeo**, *Commentario*, pag. 297 e segg.

## § 2.

## La sentenza e gli altri atti degli organi giurisdizionali.

**Sommario:** 23. Posizione della questione. Opinione che riduce la distinzione tra la sentenza e gli altri atti del giudice ad una distinzione di pura forma: sua confutazione. — 24. Necessità di una distinzione sostanziale: la distinzione tra sentenze, ordinanze e decreti nell'art. 50 C. p. c.: sua insufficienza. — 25. Determinazione dei concetti di sentenza, ordinanza e decreto, in base ai principî dogmatici fondamentali. — 26. La distinzione tra sentenza e ordinanza nelle singole disposizioni di legge: la distinzione nel rito degli incidenti. — 27. La distinzione in altre materie, specialmente in materia di esecuzione. — 28. La distinzione tra sentenza e decreto nelle varie disposizioni legislative. — 29. La distinzione risultante dalla logica del sistema e quella fatta nell'art. 50: incompletezza, non erroneità di questa. — 30. I caratteri formali della sentenza, dell'ordinanza e del decreto.

**23.** Gli organi della giurisdizione civile, nell'esercizio delle varie funzioni giurisdizionali ed anche non giurisdizionali, loro affidate dall'ordinamento giuridico, compiono molteplici *atti*, di varia natura, i quali hanno comune colle sentenze la qualità dell'*organo* da cui emanano. Donde la necessità, per chi voglia compiutamente determinare il concetto di sentenza, di distinguere la *sentenza* dagli *altri atti degli organi giurisdizionali dello Stato.* Il problema è di soluzione tutt'altro che facile, specialmente per la poca precisione di concetti dominante nelle varie legislazioni positive, non esclusa la italiana, che alla distinzione tra le varie specie di atti del giudice dedica la non troppo felice disposizione dell'art. 50 Cod. proc. civ.

Una opinione, che conta in Germania qualche autorevole seguace, sostiene che la differenza tra la *sentenza* e le altre specie di *atti del giudice*, è una differenza di *pura forma*: la sentenza è l'atto *più formale* dell'organo della giurisdizione. Le più importanti formalità che la contraddistinguono, sarebbero: la *formula di sentenza* (nel nostro diritto, anche la pronuncia *in nome del Re*:

art. 54 Cod. proc. civ.); la *motivazione*, e l'*oggetto* o *dispositivo* (30). In contrapposto alla sentenza, sempre dal punto di vista puramente formale, starebbero le *ordinanze* (Beschlüsse) e i decreti (Verfügungen); mentre la sentenza sarebbe una decisione legata a una *forma solenne*, l'ordinanza sarebbe una decisione solamente *formale*, e il decreto una decisione *non formale* (31). L'unica distinzione possibile dal punto di vista *sostanziale*, tra queste tre specie di atti, sarebbe quella della loro *maggiore* o *minore importanza*: una distinzione però così indeterminata da potersi stabilire solo nei singoli casi, secondo le particolari circostanze dell'atto (32).

Ma questo criterio, non è, in fondo, che la *rinuncia* alla determinazione di un criterio distintivo fra l'atto che costituisce lo scopo e l'essenza della funzione giurisdizionale, e gli altri atti che l'organo della giurisdizione può compiere, sia nell'esercizio di questa funzione, sia nell'esercizio di altre funzioni a lui demandate. La prescrizione di una data forma è infatti la *conseguenza* dell'intrinseca natura di un atto determinato, e non il prodotto del puro arbitrio legislativo: deve essere quindi sempre possibile dalla natura di un atto decidere, quale forma deve esso rivestire. Che se così non fosse riguardo alla sentenza, bisognerebbe concludere che sono sentenze solo quelle decisioni, per le quali la legge ha adoperato la parola sacramentale *sentenza*: e che non lo sono *mai* quelle che la legge ha omesso di qualificare o ha qualificato con un nome generico (per es.: *decisioni*, o *provvedimenti*). Del resto questa opinione non può dirsi accolta neppure in Germania, dove, tanto sotto l'impero del diritto comune, quanto sotto l'impero della ordinanza processuale del 1877, la dottrina ha sempre tentato di determinare, con criterî *sostanziali*, la distinzione tra la sentenza e gli altri atti dell'organo giurisdizionale (33).

---

(30) Cfr. **Schmidt**, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, pag. 509-512 e anche **Weismann**, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, pagg. 309-310.

(31) **Schmidt**, *Lehrbuch*, pag. 509.

(32) **Schmidt**, *Lehrbuch*, pag. 511.

(33) La dottrina tedesca del diritto comune distingueva gli atti del giudice in *decreti* (*Verfügungen*) e *sentenze* (*Urtheile*) secondo che avevano per oggetto la condotta della causa, o una vera e propria decisione, e come ulteriore e

24. Anche il nostro Codice di procedura civile, ha, sebbene in modo affatto negativo, voluto stabilire un criterio di distinzione tra la *sentenza* e gli altri atti del giudice, vale a dire le *ordinanze* e i *decreti* (34). Dalla *Relazione* Pisanelli, e dal testo dell'art. 50

---

più preciso criterio distintivo assumeva il seguente: vi era *sentenza*, quando sulla questione decisa erano state sentite ambedue le parti, o erano state regolarmente invitate a farsi sentire: vi era *decreto* quando era mancato il contradittorio: Così **Gönner**, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, I, §§ 22 a 26; — **Bayer**, *Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozess*, München, 1858, pag. 401 e segg.; — **Renaud**, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig und Heidelberg, 1873, § 154; — **Wetzell**, *System des ordentlichen Civilprozesses*, Leipzig, 1878, § 51, testo e nota 10. V. tuttavia, contro questo criterio di distinzione, **Planck**, *Die Lehre von dem Beweisurtheil*, Göttingen, 1848, pag. 163 e segg. Dopo l'ordinanza processuale del 1877, la dottrina tedesca distingue anch' essa le *sentenze* (Urtheile), le *ordinanze* (Beschlüsse) e i *decreti* (Verfügungen). *Sentenza* è la pronuncia del giudice che contiene la determinazione di ciò che è diritto nel caso concreto, emessa dopo una trattazione orale obbligatoria (**Planck**, *Lehrbuch*, I, pagg. 450-452; — **Kleinfeller**, *Lehrbuch*, pagg. 207 e 215); *ordinanze* e *decreti* sono gli atti del giudice che mancano di qualcuno di questi requisiti: ossia che o contengono solo disposizioni sulla condotta della causa e non una decisione, o non sono precedute da una trattazione orale obbligatoria: la distinzione poi tra l'una e l'altra specie di atti sta nell'*organo* da cui provengono: l'*ordinanza* emana dal collegio: il *decreto* dal Presidente o da un giudice delegato (cfr. **Planck**, *Lehrbuch*, pagg. 458-459; — **Kleinfeller**, *Lehrbuch*, pag. 207). Per il diritto processuale penale la distinzione tra sentenze, ordinanze e decreti è fatta, in base a criterî sostanziali, da **Rocco** (Arturo), *Concetto, specie e valore della sentenza penale definitiva*, estr. dalla *Rivista penale*, Torino, 1905, pag. 8 e segg.

(34) Art. 50 Cod. proc. civ.: " I provvedimenti dell'autorità giudiziaria fatti *sopra ricorso di una parte senza citazione dell'altra*, hanno nome di decreti, sono scritti in fine del ricorso, e consegnati per originale alle parti dopo trascrizione nei registri. I provvedimenti, che si fanno *in corso di causa dai presidenti, dai giudici delegati, dai pretori, o dai conciliatori*, sopra istanza di una parte, con citazione dell'altra, o d'ufficio, hanno nome di ordinanze e sono scritti nei registri... ". *Relazione* **Pisanelli**: " Il progetto, fermo nell'idea di non dare definizioni circa il carattere delle sentenze, e di non stabilire differenze fra le medesime per quanto concerne i mezzi di impugnarle, non formulò distinzioni che appartengono al dominio della scienza, ma seguì una via più semplice. *Considera come sentenza qualunque pronunziato, definitivo o interlocutorio o provvisionale, dell'autorità chiamata a giudicare la causa* e ritiene quale semplice *provvedimento* quello che emana soltanto dal presidente o da un giudice delegato ". *Relazione* **Pisanelli**, pag. 153. Di questa distinzione

risulta che tre furono i criteri assunti a base della distinzione: per la distinzione tra sentenza e ordinanza da un lato e decreto dall'altro, il criterio della esistenza, o meno, di un regolare *giudizio in contradittorio*; per la distinzione poi tra sentenza e ordinanza, il criterio dell'*organo*, da cui l'atto proviene, e quello del *momento* del processo, in cui è emanato. Il *contradittorio* distinguerebbe la sentenza e l'ordinanza dal decreto; il provenire da tutto il collegio giudicante, o da un singolo membro di esso, e l'essere emessa in *corso di causa* o in *fine di causa*, distinguerebbe la sentenza dall'ordinanza. Quindi sarebbe *sentenza* la pronuncia emessa, dopo regolare contradittorio, dall'intero collegio giudicante, o dal giudice singolo, ma in fine di causa; sarebbe *ordinanza* la pronuncia emessa in corso di causa, in un giudizio in contradittorio, dal presidente o dal giudice delegato; sarebbe *decreto* la pronuncia emessa da una qualunque autorità giudiziaria, ma in un giudizio senza contradittorio.

Ma la dottrina ha già notato la insufficienza e incompletezza di questi criteri (35). Non è vero anzitutto che il contradittorio di-

---

si accontenta il **Mattirolo**, *Trattato*, 5ª ed., IV, pag. 9, il quale soltanto aggiunge (pag. 10) come criterio distintivo fra le sentenze e le ordinanze del giudice singolo questo: che vi è sentenza quando il pretore o conciliatore funge l'ufficio che, in causa vertente davanti a magistrato collegiale, spetterebbe all'intero collegio, vi è ordinanza quando invece funge, nello stesso caso, l'ufficio del presidente o del giudice delegato. Come si vede, è questo un risolvere la questione colla questione, perchè resterà sempre a domandarsi *quando* il giudice singolo funga l'ufficio del collegio e quando funga l'ufficio del presidente o del giudice delegato.

(35) V. specialmente le critiche del **Mortara**, *Commentario*, II, pag. 774 e segg.: intorno alle quali dobbiamo osservare soltanto che non ci sembra siano da qualificarsi *ordinanze emesse prima della pendenza del giudizio* alcuni provvedimenti, a cui egli accenna a pag. 777, cioè i provvedimenti preliminari per denunzia di nuova opera o di danno temuto, e quelli di cui agli art. 572 Cod. proc. civ. e 871 Cod. comm. Infatti, quanto ai primi, o il pretore provvede senza citazione dell'altra parte (art. 938, princ.), e in questo caso manca bensì un *giudizio pendente*, ma il provvedimento del pretore è, come dice testualmente l'art. 940 princ., un *decreto* e non un'*ordinanza*. O vi è la citazione dell'altra parte, e in questo caso il giudizio pendente c'è ed è appunto il giudizio per denuncia di nuova opera o di danno temuto, nel quale il pretore, se è competente, decide con *sentenza*, se non è competente, dà con *ordinanza* i prov-

stingua la sentenza e l'ordinanza dal decreto: perchè vi sono esempi di *sentenze* emesse senza contraddittorio (es.: la sentenza dichiarativa di fallimento: art. 691 Cod. comm.; la sentenza che omologa il concordato anche senza opposizioni: art. 836, 839, 841 stesso Codice). Non è vero che l'organo da cui proviene e il momento della causa in cui è pronunciata, distinguano la sentenza dall'ordinanza; perchè vi sono *sentenze* pronunciate da giudici singoli, ed in corso di causa (es.: le sentenze interlocutorie dei pretori), ordinanze pronunciate dal collegio (es.: l'ordinanza che sospende la pubblicità di una udienza: art. 52 Cod. proc. civ.; l'ordinanza che prescrive la continuazione del procedimento in via formale: articoli 391 e 413 Cod. proc. civ. e 2 della legge 31 marzo 1901) e, infine, ordinanze pronunciate bensì da un giudice singolo, ma in *fine di causa* (es.: ordinanza di tassazione delle spese: art. 375 e segg. Cod. proc. civ.).

In realtà, la distinzione fatta dall'art. 50 (il quale articolo — si noti bene — ha meno carattere di una disposizione *normativa*, che quella di un principio *dottrinale*, come se ne incontrano non raramente nei Codici), non è, sostanzialmente, inesatta: tanto che nella maggior parte dei casi pratici riesce abbastanza bene a distinguere l'una dall'altra specie di atti del giudice. Ma essa ha il difetto di assumere a base della distinzione criterî non decisivi, perchè riguardanti elementi *secondari* ed *estrinseci*, non *caratteristici* ed *intrinseci*, delle varie specie di pronuncie giudiziali. I caratteri indicati nell'art. 50 si riscontrano bensì, nelle varie cate-

vedimenti urgenti e temporanei che occorrono, e rimette le parti avanti l'autorità competente (art. 940, cap. 1°). Quanto ai provvedimenti, di cui all'art. 572 Cod. proc. civ., il giudizio pendente c'è, ed è il procedimento di esecuzione, nel quale sorgono le difficoltà a cui accenna lo stesso articolo: quanto infine ai casi dell'art. 871 Cod. comm., poichè, anche qui, la legge fa obbligo al pretore di *rimettere le parti davanti all'autorità giudiziaria competente* (come del resto anche nel caso dell'art. 572 Cod. proc. civ.), ciò presuppone che il giudizio in contraddittorio si sia iniziato già davanti al pretore stesso. In realtà, come vedremo più oltre, un *processo in corso* è necessario perchè la pronuncia del giudice possa assumere il carattere di un'*ordinanza*; nell'ordinanza infatti si esplica l'attività del giudice relativa alla *condotta* della causa, ossia l'attività di pura *esecuzione* del giudice.

gorie di atti ivi enunciate, ma vi si riscontrano solo *normalmente*, e non già *costantemente*. E poichè, per la sua indole prevalentemente teorica, la disposizione dell'art. 50, se può servire di guida all'interprete, non può vincolarlo assolutamente; poichè, in ogni caso, è dal sistema della legge che bisogna trarre i concetti generali e fondamentali, e non già da una isolata disposizione di essa, noi ci proponiamo appunto di desumere dai principî generali della scienza del diritto processuale, e dal complesso sistematico del nostro diritto processuale positivo, la distinzione tra la sentenza e gli altri atti del giudice.

**25.** La distinzione tra la sentenza da un lato, e le altre pronuncie del giudice dall'altro, si deduce intanto, netta e determinata, dal concetto stesso della sentenza, quale abbiamo tentato di stabilirlo, desumendolo da quello di giurisdizione, di cui essa costituisce uno dei più importanti momenti. Se la sentenza è l'atto con cui l'organo giurisdizionale, applicando la norma al caso concreto, elimina l'incertezza esistente circa la tutela giuridica che spetta a un concreto interesse, è chiaro che soltanto quell'atto del giudice, il quale contiene " *l'accertamento di un rapporto giuridico incerto* " può chiamarsi col nome di sentenza. Questo accertamento può riguardare così un *rapporto di diritto materiale*, *come un rapporto di diritto processuale*: ma vi ha sentenza sempre che il giudice, eliminando l'incertezza su un concreto rapporto giuridico, determina ciò che è diritto nel caso concreto (36). Quando invece il giudice non esplica questo essenziale momento della sua funzione giuris-

---

(36) Sulle *decisioni processuali*, v. la trattazione del **Menestrina**, *La pregiudiciale*, pagg. 45-53 e anche **Kisch**, *Urtheilslehre*, pag. 152 e segg. La esistenza di *sentenze* interlocutorie *sulla forma* (cioè su *rapporti processuali*) è riconosciuta esplicitamente nei codici di procedura francese (art. 492), italiano (art[i] 217, 222, 230, 252, 272, 310, ecc., e in generale, art. 492), e nell'ordinanza germanica, § 303 (cfr. **Planck**, *Lehrbuch*, I, pag. 456; — **Schmidt**, *Lehrbuch*, pagine 275 e 519-520; — **Weismann**, *Lehrbuch*, pagg. 321-322; — **Kleinfeller**, *Lehrbuch*, pag. 217, sub II). Non ammette invece *sentenze*, ma solo *ordinanze* (Beschlüsse), su questioni processuali l'ordinanza austriaca (§ 393), sulla quale v. **Menestrina**, *La pregiudiciale*, pag. 71 e segg. Per il diritto austriaco quindi è sentenza solo l'atto del giudice che accerta un rapporto di diritto materiale.

dizionale, ma, nei limiti della norma giuridica, che nel caso concreto non si presenta come incerta, provvede all'adempimento delle varie funzioni a lui demandate, si avrà, secondo i casi, un'*ordinanza*, o un *decreto*, ma non una *sentenza*. E precisamente, vi è *ordinanza* quando il giudice esplica il suo potere di *direzione del processo*, che è un potere *inerente* alla sua funzione giurisdizionale, ed in questa compreso. In virtù di questo potere il giudice non accerta rapporti giuridici, nè materiali, nè processuali, ma provvede al regolare andamento del processo, di cui è riservata a lui la direzione. L'atto con cui il giudice esplica questa sua funzione *direttiva del processo*, è appunto l'*ordinanza* (37). L'ordinanza presuppone sempre *certo*, o, almeno *non incerto*, cioè non contestato o non contestabile, il rapporto giuridico concreto; e provvede semplicemente per la sua attuazione, cioè per l'*esecuzione* della norma che lo consacra. L'ordinanza ha dunque, di per sè, una portata puramente *esecutiva* e non *decisoria*. La differenza che la distingue dalla sentenza risulta così ben determinata: la sentenza è *essenzialmente* un atto dell'*intelligenza*, un giudizio logico, l'ordinanza invece è, *essenzialmente*, un atto di *volontà* del giudice. Ecco perchè, mentre la *motivazione*, cioè lo *svolgimento* del giudizio logico, è un requisito essenziale della sentenza (art. 360-361 Cod. proc. civ.), l'ordinanza non ha alcun bisogno di motivazione (art. 362). Escluse le sentenze e le ordinanze, tutti gli altri atti del giudice sono *decreti*. Sotto questa denominazione si comprendono atti di diversa natura, come di diversa natura sono le funzioni demandate al giu-

---

(37) Sulla *condotta della causa* da parte del giudice (*Prozessleitung*), e sui poteri di questi in proposito v. **Planck**, *Lehrbuch*, I, pag. 440 e segg.; — **Schmidt**, *Lehrbuch*, pag. 276; — **Weismann**, *Lehrbuch*, pagg. 308, 316 e segg.; — **Kleinfeller**, *Lehrbuch*, pag. 208 e segg., 300 e segg. Sono facoltà — come è spiegato nel testo — di natura giurisdizionale *accessoria* e puramente *esecutiva*. Esse sono comprese nella più generale categoria delle facoltà *esecutive* del giudice (che si trovano anche in altri organi della giurisdizione, per es., nell'usciere), alle quali appartengono anche le facoltà riflettenti non la *condotta* della causa, ma l'*inizio* di essa (art. 146, 154, 172 Cod. proc. civ.) o la emanazione di *provvedimenti temporanei* (art. 924, 931, 572 Cod. proc. civ. e 871 Cod. comm.). Una distinzione analoga in **Schmidt**, *Lehrbuch*, pag. 276 e 298.

dice, il quale — come è noto — agisce talora come organo della funzione giurisdizionale, e talora anche come organo puramente amministrativo. Il *decreto* dunque è anch'esso, al pari dell'ordinanza, un provvedimento *puramente esecutivo*, e non l'accertamento di un rapporto incerto; ma differisce dall'ordinanza perchè non ha per oggetto la *direzione di un processo già iniziato*, ma l'emanazione di atti di vario genere, in cui si esplica per lo più la funzione amministrativa, qualche volta però anche la funzione giurisdizionale del giudice (così ad es.: nel sequestro conservativo, in cui per l'urgenza del provvedere, la legge prescinde dall'incertezza del rapporto, e dà facoltà al pretore di ordinare senz'altro un atto di esecuzione, sebbene puramente provvisorio, con provvedimento anch'esso affatto provvisorio e soggetto a convalida: art. 924, 931, 933 Cod. proc. civ.; e così pure nei casi degli art. 572 Cod. proc. civ. e 871 Cod. comm.).

In breve adunque: la *sentenza* è l'atto del giudice diretto a eliminare l'incertezza sulla norma valevole nel caso concreto, accertando un concreto rapporto giuridico incerto: l'*ordinanza* è l'atto con cui il giudice, essendo certa o presupposta come certa la norma valevole nel caso concreto e certo il concreto rapporto giuridico, provvede all'andamento di *un processo già pendente*, ordinando atti di *pura esecuzione*; il *decreto* è l'atto con cui il giudice, essendo pure certa o presupposta come certa la norma valevole nel caso concreto, provvede a tutte le altre funzioni giudiziarie e amministrative, a lui demandate.

**26.** Questa distinzione, che discende dai principî e dal sistema della legge, trova anche, nelle singole disposizioni di questa, una diretta conferma.

Per la distinzione tra *sentenze* e *ordinanze* è tipica anzitutto la regolamentazione giuridica degli *incidenti*, nel nostro Codice di procedura civile, e nella legge 31 marzo 1901 sulla riforma del procedimento sommario.

Per gli art. 181 e segg. Cod. proc. civ. (applicati al procedimento sommario dagli art. 4 e 12 della legge 31 marzo 1901) gli incidenti si propongono al presidente, il quale, se le parti siano

d'accordo sulla risoluzione, *provvede per l'esecuzione* (art. 181 Cod. proc. civ.) con *ordinanza* (art. 50, 182, 206 in relazione al 217, 222, 230, 252, 272 Cod. proc. civ.). Se le parti non sono d'accordo, le rimette, sempre con ordinanza (art. 184), davanti al collegio (art. 181), il quale decide mediante *sentenza* (art. 50, 206 in relazione al 217, 222, 224, 230, 252, 272). I casi d'urgenza sono parificati a quelli in cui vi sia accordo fra le parti, e su di essi provvede direttamente il *presidente* con *ordinanza* (art. 182), soggetta però a reclamo davanti al collegio (art. 183). La distinzione più sopra fatta è chiarissima in questo sistema. Quando non vi è incertezza sul concreto rapporto processuale perchè le parti, valendosi del *diritto di disposizione* loro concesso (38), ne riconoscono spontaneamente l'esistenza, oppure quando, per ragioni di urgenza, la legge prescinde dall'accertamento volontario o legale del rapporto, e vuole che gli si dia provvisoriamente esecuzione (nel qual caso il rapporto si considera provvisoriamente *come se* fosse accertato), non si tratta che di provvedere ad atti di *esecuzione* o *attuazione* del rapporto accertato. È qui in campo solo la potestà *direttiva* del giudice sul processo, e perciò a quella esecuzione provvede il giudice con una semplice *ordinanza*. Quando invece manca l'accordo delle parti (39), e perciò il rapporto processuale

(38) Il principio di disposizione delle parti è regola nel processo civile, dove vige il principio: *nemo iudex sine actore*, dove cioè l'intervento dello Stato per il soddisfacimento degli interessi privati tutelati si fa dipendere intieramente dalla volontà del privato. Questo principio, che vale per la tutela degli interessi materiali, vale anche per quella degli interessi processuali, che sono interessi puramente secondari, aventi i primi per contenuto sostanziale. La tutela degli interessi processuali delle parti dipendendo dunque unicamente dalla loro volontà, il loro accordo elimina ogni incertezza sul rapporto processuale, che si stabilisce così come è determinato dall'accordo. Sul principio di dispozione v. **Schmidt**, *Lehrbuch*, pag. 324 e segg.; — **Kleinfeller**, *Lehrbuch*, pagina 182 e segg.; — **Chiovenda**, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* in *Saggi di diritto processuale*, pag. 214. Sulla possibilità di disporre di diritti materiali mediante atti processuali, v. **Bülow**, *Das Geständisrecht*, Freiburg 1899, pag. 75 e segg.

(39) La *mancanza d'accordo* non significa che la questione *sia controversa* tra le parti. Non è quindi esatta l'opinione manifestata durante i lavori preparatori del Codice (verbale n. 23, seduta 17 maggio 1865, pagg. 260-261) e seguita da parecchi autori, secondo la quale la sentenza differirebbe dall'or-

appare *incerto*, nè concorrono ragioni di urgenza per farlo, ciò malgrado, considerare come accertato agli effetti della esecuzione, occorre anzitutto procedere all'accertamento del rapporto, mediante applicazione della norma al caso concreto; il che non può essere fatto se non mediante *sentenza* (40). Ed egualmente mediante sentenza va accertato il rapporto, quando sia stato bensì provveduto, stante l'urgenza del caso, alla sua attuazione provvisoria, ma, mancando l'acquiescenza delle parti alla ordinanza, vi sia tuttora incertezza intorno alla norma realmente valevole nel caso concreto.

Nel rito degli incidenti noi abbiamo sempre questa posizione: fintantochè il rapporto è *certo* o considerato dalla legge, per ragioni di opportunità, *come certo*, la pronuncia del giudice, con cui si provvede agli atti di *esecuzione* (articolo 181), è una *ordinanza*; quando invece il rapporto si constata essere *incerto*, l'atto del giu-

---

dinanza perchè suppone una contestazione tra le parti (così **Saredo**, *Istituzioni di procedura civile*, num. 110; — **Cuzzeri** sull'art. 481, nota 2, V, pag. 832). Questa dottrina si riannoda al concetto che la giurisdizione supponga una *controversia*: concetto che abbiamo altrove (sopra Cap. I, nota 11) respinto come inesatto. Ed invero la sentenza, come la giurisdizione, di cui è un essenziale momento, suppone solo l'*incertezza* di un rapporto, non la sua *contestazione*; quindi se l'accordo delle parti elimina di regola (v. nota seguente) l'incertezza, questo non vuol dire che *solo il dissaccordo formale* produca incertezza. Questa vi è sempre quando *non vi sia accordo*. Perciò è *sentenza* l'atto del giudice che ordina *d'ufficio* una prova (perizia, accesso), come è *sentenza* l'atto del giudice che accerta la *contumacia* (art. 384) o pronuncia sul rapporto materiale, nella contumacia del convenuto (art. 385, 388).

(40) Al caso in cui manchi l'accordo delle parti va parificato il caso, eccezionale nel processo civile, per il principio di *disposizione* in esso vigente, (v. nota 38), che *non sia possibile* l'accordo, perchè si tratti di materia in cui viga il principio della *officialità*. In questo caso il rapporto appare come obiettivamente incerto, e occorre sempre una sentenza che l'accerti. Così quando sia proposta l'eccezione di incompetenza per materia o valore (che è d'ordine pubblico e deve essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, art. 187 Cod. proc. civ.) non è mai possibile che su di essa sia deciso mediante un'*ordinanza*; e malgrado l'accordo delle parti, la questione va sempre portata al collegio che decide con *sentenza*. Sebbene la formola ambigua dell'art. 189 possa prestarsi a qualche dubbio, è questa la soluzione esatta, come è confermato dall'articolo 34 del R. D. 31 agosto 1901 per l'esecuzione della legge sulla riforma del procedimento sommario. Lo stesso dicasi quando il giudice ordini d'ufficio una prova (art. 269, 271) o la chiamata in causa di un terzo (art. 205).

dice con cui questi pronuncia sul rapporto, è una *sentenza*. E ciò non soltanto per il rito degli incidenti davanti al giudice collegiale, ma anche (il che è particolarmente notevole, perchè qui non soccorre più il criterio estrinseco dell'organo da cui l'atto proviene) per il rito incidentale davanti al giudice singolo. L'art. 424 Cod. proc. civ. prescrive appunto che l'ammissione dell'*interrogatorio* da parte del pretore avvenga con ordinanza, quando non sia contrastata dall'altra parte, e con sentenza, quando manchi l'accordo delle parti: e lo stesso si desume dall'art. 428 riguardo alla *perizia*.

L'aver riscontrato esatto il criterio da noi posto riguardo alla procedura incidentale, quale è disciplinata nel nostro diritto processuale positivo, è una circostanza di molto rilievo, quando si consideri la larga sfera di applicazione che ha il rito degli incidenti nel nostro processo civile: esso si applica infatti, oltre che alle eccezioni di incompetenza e declinatoria del foro (art. 189), alle eccezioni di nullità (art. 192), alle questioni riguardanti la domanda in garanzia (art. 199) e l'intervento in causa (art. 204), e, per il precetto generale dell'art. 206, a tutte le questioni riguardanti l'ammissione di qualunque mezzo di prova. Tutte queste materie, prese insieme, assorbono già di per sè buona parte dell' intero processo.

27. Ma anche in altre materie, nelle quali la pronuncia del giudice che provvede a regolare il rapporto giuridico, può essere o una sentenza o un'ordinanza, il criterio da noi stabilito si riscontra sempre esatto. Così in materia di *rendimento di conti*: quando si provvede all'*esecuzione* di rapporti non incerti, il giudice pronuncia un'*ordinanza*: è con ordinanza che si ordina il pagamento del sopravanzo dell'esatto sullo speso, secondo la stessa esposizione fatta da chi rende il conto (art. 321); è con ordinanza che si approva il conto, in caso di accordo delle parti (art. 323). Invece si provvede con *sentenza* quando vi sia *incertezza* sul rapporto: occorre perciò una sentenza per approvare il conto controverso (articolo 323). Lo stesso dicasi per le questioni che possono sorgere in materia di *esecuzione forzata*. Anche in materia di esecuzione, può esservi incertezza su rapporti giuridici concreti. Infatti l'ese-

cuzione forzata presuppone sempre che l'obbligato non abbia spontaneamente conformata la sua condotta alla norma di condotta accertata, e che si debba perciò procedere al soddisfacimento dell'interesse dell'avente diritto, indipendentemente dalla volontà di quello, o anche contro la sua volontà. Questo soddisfacimento, che avviene per opera dello Stato, può implicare il sacrificio di alcuni diritti dell'obbligato. Sebbene dunque, nell'esecuzione, sia accertato il rapporto giuridico materiale che intercede tra attore e convenuto, può essere incerto il rapporto tra lo Stato e il convenuto, ossia può essere incerto fino a qual punto debba essere sacrificato il diritto del convenuto, in virtù del diritto di esecuzione spettante allo Stato. Ogni volta dunque che nel processo esecutivo, un diritto deve essere tolto all'obbligato, la mancanza di assoggettamento *volontario* dell'obbligato, che è presupposto dell'esecuzione forzata, produce una incertezza sul concreto rapporto giuridico esistente tra lo Stato e l'*exequendus*, che deve essere eliminato mediante una *sentenza*. Questa è la ragione, per cui la vendita dei beni mobili ed immobili del debitore deve essere autorizzata mediante *sentenza* (art. 623 in relazione al 655, n° 1, 685 Cod. proc. civ.). Può darsi poi anche che l'incertezza sia prodotta da formali contestazioni dell'*exequendus*: allora occorre una *speciale sentenza* che pronunci sulla sua opposizione (articoli 570, 579 e 660). Possono infine nel procedimento esecutivo sorgere incertezze sui diritti dei terzi e sui rapporti reciproci dei vari aventi diritto sui beni dell'*exequendus*: anche queste incertezze vanno eliminate mediante *sentenza* (articoli 616, 646, 647 in relazione al 655 e 657; 652 e 654; 575 in relazione al 702; 699 e 704; 716 Cod. proc. civ.). Invece, anche nel processo esecutivo, quando, per la spontanea adesione delle parti, il rapporto non sia incerto (art. 652), o quando, per l'urgenza del provvedere, la legge prescinda dalla sua incertezza (art. 750 Codice comm., 572, 647 cap° 1°, Cod. proc. civ.), o quando si tratti della pura *esecuzione* di rapporti non incerti, perchè accertati da atti pubblici (art. 719 e 722), i provvedimenti di pura esecuzione sono presi mediante semplice *ordinanza*. Anche nella materia delle spese si ripete la stessa regola: la condanna nelle spese, che implica l'accertamento di un rapporto incerto, è fatta sempre me-

diante *sentenza* (art. 370): invece la semplice *tassazione* delle spese, che si presenta come un atto di pura *esecuzione*, può essere fatta con separata *ordinanza* (art. 375); ma, se anche intorno alla tassazione insorgono controversie, in modo che risulti incerto il *quantum debeatur*, occorre una *sentenza* che elimini questa incertezza (articolo 377) (41).

**28.** Riguardo alla distinzione tra *sentenza* e *ordinanza* da un lato, e *decreto* dall'altro, è da osservare che, esclusi i casi (e sono la grande maggioranza) in cui il decreto è emesso dal giudice, non nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale, ma come organo della così detta *volontaria giurisdizione*, pei quali la distinzione si desume dalla diversità della funzione esercitata, nei casi invece in cui il decreto è emesso appunto dal magistrato, nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale, sempre si riscontra vero il criterio distintivo più sopra stabilito. Nel decreto il giudice nè esplica la sua funzione *direttiva* del processo, nè accerta un *rapporto incerto*, ma *quando ancora nessun processo è pendente*, prende varî provvedimenti di natura giurisdizionale, ma puramente *esecutivi*, i quali hanno tutto il carattere della *accessorietà* o *provvisorietà*. Così nei casi degli articoli 146, 154, 172 il giudice (singolo o collegiale) mediante *decreto* autorizza la citazione per pubblici proclami o abbrevia il termine per comparire o per rispondere; nei quali casi appunto si tratta di provvedimenti giurisdizionali *accessorî*, di natura puramente *esecutiva*, con cui si *prepara* la costituzione regolare del giudizio. Così nei casi degli articoli 925 e 931, il pretore concede con *decreto* il sequestro conservativo: un provvedimento giurisdizionale, di natura *esecutiva*, essenzialmente *urgente* e *provvisorio*. Così ancora, nei casi degli articoli 938 e 940, il pretore può, con *decreto*, provvedere sulla denuncia di nuova opera o di danno temuto, anche senza la citazione dell'altra parte: anche qui

(41) È appunto perchè la legge ha considerato la liquidazione delle spese come un'operazione *puramente esecutiva*, che essa ha ammesso la distinzione tra la *pronuncia sulle spese e la liquidazione delle spese*. Sulla divisione tra le due operazioni, v. le osservazioni del **Chiovenda**, *La condanna nelle spese*, pag. 408 e segg., specialmente pag. 410.

siamo in presenza di un atto giurisdizionale esecutivo *urgente* e *provvisorio*. Infatti, in ambedue questi casi, in cui il rapporto giuridico è bensì incerto, ma per ragioni di urgenza, la legge lo considera provvisoriamente *come se* non fosse incerto, e permette al giudice di provvedere senz'altro ad atti di esecuzione, il provvedimento *provvisorio* preso con decreto deve *necessariamente* trasformarsi in una pronuncia *definitiva* emessa con *sentenza* (art. 931 in relazione al 934, 935, 936, 937, 940 Cod. proc. civ.). In questi casi, il provvedimento provvisorio è *decreto* e non *ordinanza*, perchè, mancando un processo pendente, esso non si presenta come esplicazione del potere direttivo del giudice sul processo.

Sempre intorno a quest'ultimo argomento della distinzione tra *sentenza* e *decreto* nella nostra legislazione positiva, sono significanti i casi degli articoli 841, 843 e 844 Cod. proc. civ., 684, 704, 836 Cod. comm. Per gli articoli 841, 843, 844 Cod. proc. civ., la decisione del giudice nel giudizio di interdizione o di inabilitazione è una *sentenza*, sebbene pronunciata in *camera di consiglio*, e sopra semplice *ricorso* (art. 836). Per gli articoli 684 e 704 Cod. commerciale, la pronuncia del giudice che *dichiara il fallimento* o ne *determina la data iniziale*, è una *sentenza*, sebbene emessa in *camera di consiglio* e sopra *ricorso* o anche *d'ufficio* (articoli 684, 704 e 911 Cod. comm.). Infine, per l'art. 836 Cod. comm., l'*omologazione del concordato*, quando non vi siano opposizioni, avviene per *sentenza* (arg. art. 839), ma sempre in un giudizio che segue in *camera di consiglio* e sopra *ricorso* (art. 836 Cod. comm., 779 Cod. proc. civ.).

In tutti questi casi, benchè la forma del procedimento sia tale, che dovrebbe condurre normalmente ad un *decreto* (articoli 781, 782 Cod. proc. civ.), e per le pronuncie in materia di fallimento e di concordato (mancando qualunque forma di contradittorio) il provvedimento dovrebbe indubbiamente, per il letterale disposto dell'art. 50 prima parte, essere un *decreto*, l'atto del giudice è invece una *sentenza*. E ciò per la ragione assai semplice che in tutti questi casi si tratta di eliminare l'incertezza su concreti rapporti giuridici, determinando *ciò che è diritto nel caso concreto*. Nel caso degli articoli 841 e segg., si tratta di vedere se concorrono gli

estremi voluti dalla legge per la *interdizione* o la *inabilitazione*; nei casi degli articoli 684 e 704 Cod. comm., bisogna accertare l'esistenza dello stato di insolvenza e della qualità di commerciante nel debitore; nel caso dell'art. 836 si deve accertare se il concordato fu *validamente* stipulato, cioè se concorrono tutti i requisiti di forma e di sostanza richiesti per la validità di questo contratto. Il che dimostra ancora una volta che nè la forma del procedimento, nè la esistenza di un contradittorio, o di una trattazione orale, insomma nessuna condizione *estrinseca* caratterizza la sentenza; ma la caratterizza e differenzia dalle altre specie di atti del giudice il suo *contenuto*.

29. Ma, se queste condizioni *estrinseche* non *caratterizzano* la sentenza, esse però — come è naturale — accompagnano *normalmente* la sentenza, e possono servire come criterio *sussidiario* a contraddistinguerla. Così, ad esempio, il criterio dell'*organo* da cui l'atto emana, che è uno di quelli adottati dal legislatore nell'articolo 50. Indubbiamente, poichè nella sentenza, colla quale si accerta quello che è diritto nel caso concreto, si esplica nella sua pienezza la funzione giurisdizionale del giudice, nei giudizi, che si svolgono davanti a organi *collegiali* della giurisdizione, quella funzione deve essere deferita al collegio e non ad un singolo componente di esso; mentre, al contrario, la funzione pure pertinente alla giurisdizione, ma di natura secondaria o *accessoria*, di provvedere alla direzione e all'andamento del processo in corso, è, *normalmente*, affidata al presidente del collegio, o ad un giudice a ciò delegato. Il criterio distintivo della sentenza dall'ordinanza da noi stabilito non è dunque, sotto questo aspetto, in contraddizione col criterio della legge; anzi, corrisponde perfettamente al concetto di questa; soltanto è assai più preciso e, sopratutto, è un criterio veramente *sostanziale*. A parte, infatti, che il criterio dell'organo può valere soltanto per gli atti dei giudici collegiali, e non per quelli dei giudici singoli, resta anche qui vero che la corrispondenza dell'*organo* colla *funzione* non è mai così assoluta da potersi assumere quello come contrassegno caratteristico di questa. E, inoltre, anche dal punto di vista logico, non par corretto il procedimento di desumere

dall'organo la caratteristica della funzione, quando in realtà è la funzione che determina l'organo e non viceversa. Così nel caso nostro, non è già che, *normalmente*, la sentenza sia sentenza, *perchè atto del giudice collegiale*, e l'ordinanza, ordinanza, *perchè atto del giudice singolo*, ma la sentenza è atto del giudice collegiale, *perchè è sentenza*, e l'ordinanza proviene dal giudice singolo, *perchè è ordinanza*. E lo stesso dicasi per gli altri caratteri distintivi della sentenza, che si desumono dall'art. 50. Sicuramente, la pronuncia con cui si accerta quello che è diritto nel caso concreto, è di regola, emanata alla *fine* del processo di cognizione, il quale è diretto appunto all'accertamento del concreto rapporto giuridico materiale. Anche qui, il nostro concetto risponde al concetto della legge. Solo che, mentre la legge considera la cosa da un punto di vista ristretto e unilaterale, e perciò il suo criterio è fallace, il criterio da noi adottato ha riguardo a tutti i possibili casi. Infatti non è vero che l'accertamento del diritto sia sempre riservato alla fine del processo: già l'accertamento del rapporto materiale può avvenire *per gradi*, mediante sentenze interlocutorie sul *merito* (42); poi può presentarsi incerta l'applicabilità di una norma di diritto processuale, durante lo svolgimento del processo, donde la necessità di sentenze interlocutorie *sulla forma* (43). Egualmente, l'altro criterio adottato nell'art. 50 per distinguere le *sentenze* dai *decreti*, dell'esistenza o non di un *contradittorio*, non è inesatto: sicuramente, la pronuncia su un rapporto *incerto*, presuppone normalmente una *controversia* o una lite vertente: ed anche qui il nostro criterio risponde alla legge. Ma anche qui la legge è incompleta, perchè — come abbiamo veduto — possono darsi casi in cui l'incertezza sia *obiettiva*, non dipenda da una formale contestazione, ma da ciò che la legge non permette si derivino da un dato fatto conseguenze giuridiche, se esso non è accertato solennemente dal magistrato (così l'infermità di mente non rende incapace chi ne è affetto, se non è intervenuta

---

(42) Sulla possibilità ed utilità di una divisione del ragionamento del giudice sul merito, e sulla ammissibilità di una simile divisione nei varî diritti positivi, v. **Menestrina**, *La pregiudiciale*, pag. 53-86.

(43) V. la nota 36.

una *sentenza di interdizione*; così l'insolvenza del commerciante non dà luogo agli effetti giuridici di diritto materiale e processuale che le sono proprî, se non interviene una previa *sentenza dichiarativa* del fallimento).

**30.** La diversità della *sostanza*, si riflette, come è ben naturale, sulla *forma* di queste tre specie di atti del giudice. E perciò vediamo che, mentre la sentenza deve essere pronunciata *in nome del Re* (art. 54) e deve contenere i requisiti prescritti dall'art. 360, fra cui caratteristico ed essenziale, la *motivazione*, l'*ordinanza* deve rispondere solo ai requisiti richiesti dall'art. 362, e per il *decreto* bastano le forme semplicissime stabilite dall'art. 50, prima parte. S'intende però che, come dovunque, anche in questa materia, è la *sostanza* che determina la *forma*, ma non può la forma diventare sostanza.

## CAPITOLO III.

# Processo e sentenza; in ispecie, azione e sentenza.

**Sommario:** 31. Posizione del problema. — 32. Rapporti tra azione e sentenza. Determinazione del concetto di azione. — 33. L'azione come un diritto subiettivo di per sè stante, che spetta ad ogni cittadino come tale, di fronte allo Stato. — 34. Obbiezioni contro questo concetto: cenno su altri concetti dell'azione. — 35. Risposta alle obbiezioni: il diritto astratto di agire non una mera possibilità, ma un diritto. — 36. Difficoltà insolubili, in cui s'imbattono le altre concezioni: in ispecie: *a)* la teoria del *Rechtsschutzanspruch*; — 37. *b)* la teoria che esclude nell'azione la natura di diritto (Kohler); — 38. *c)* la teoria che costruisce l'azione come un diritto potestativo: improprietà tecnica del concetto di diritto potestativo. — 39. Ulteriore determinazione del nostro concetto di azione. — 40. Differenze tra la nostra concezione e quella di altri fautori del diritto astratto di agire. — 41. Facoltà comprese nel diritto di azione. — 42. Il principio della correlazione tra azione e sentenza. — 43. Prima applicazione del principio: il giudice deve pronunciare su tutta la questione sottopostagli e solo sulla questione sottopostagli; la massima: *ne eat iudex ultra petita partium.* — 44. L'identità tra l'oggetto dell'azione e l'oggetto della sentenza. — 45. Seconda applicazione del principio: il giudice deve giudicare solo sugli elementi di fatto allegati dalle parti *(secundum alligata et probata iudex iudicare debet)* e su tutti gli elementi di fatto allegati dalle parti. — 46. Limiti al principio della correlazione tra azione e sentenza. — 47. Riepilogo. — 48. Rapporti tra sentenza ed esecuzione: la sentenza di condanna.

**31.** Abbiamo finora considerato la sentenza in sè, e nei suoi rapporti con altre figure giuridiche in qualche modo affini, colle quali può essere scambiata o identificata; ci proponiamo ora di studiare i rapporti tra la sentenza e gli altri principali istituti processuali, ossia di determinare il posto che spetta alla sentenza nell'insieme del processo.

Il processo, dicemmo, è lo svolgimento della funzione giurisdizionale, ossia dell'attività dello Stato diretta al soddisfacimento degli interessi privati tutelati, e dell'attività dei singoli, alla cui volontà è subordinato l'esercizio dell'attività statuale (1). Vedemmo infatti che l'interesse dello Stato nella funzione giurisdizionale civile, essendo puramente *riflesso*, oltre che, come tutti gli interessi processuali, *secondario*, l'esercizio di quella funzione è, di regola, subordinato alla volontà privata. Ed è naturale. Poichè, nei rapporti di diritto privato, un interesse non è tutelato, se non in quanto il titolare di esso, o chi è autorizzato a volere per lui, lo prosegua colla sua volontà, è logico che di regola, non si faccia luogo a soddisfacimento di interessi privati da parte dello Stato, se non in quanto i titolari di essi ne domandino l'intervento (2).

---

(1) V. sopra, pag. 24.

(2) Donde la massima: *ne procedat iudex ex officio*. Per l'*inizio* dell'azione essa è una regola (art. 35 Cod. proc. civ.) la quale non soffre nel nostro diritto che rare eccezioni. Tipica è quella degli art. 684 e 688 Cod. comm. Negli altri casi, in cui l'esercizio della funzione giurisdizionale civile non è fatto dipendere da una domanda del privato, la facoltà di provocarlo è affidata al Pubblico Ministero (es.: art. 21, 26, 87, 91, 104, 326 Cod. civ., 139 ult. cap. Regolam. generale giudiziario). Invece, riguardo alla preparazione del materiale di decisione, specialmente della *prova*, le eccezioni sono assai più frequenti; es.: Cod. proc. civ., art. 228 (giuramento), 243, 248 (interrogatorio dei testimoni), 267, 269 (perizia), 271, 275, 277 (accesso giudiziale), 302 (deposito dei documenti impugnati di falso), 401 (comparizione personale delle parti nel procedimento formale in materia commerciale), ecc. V. anche Cod. civ., articolo 1367, n. 2, 1374 e segg. Ma, anche all'infuori della materia delle prove, non mancano esempi di iniziativa del giudice nella tutela di interessi materiali e processuali dei privati, es.: Cod. proc. civ., art. 192 (eccezione di nullità degli atti processuali a vantaggio del contumace), 205 (chiamata in causa di un terzo). Può dirsi però in generale che anche nel nostro diritto il principio della *disposizione delle parti* è la regola e il principio dell'*officialità* l'eccezione. E giustamente. Specie quanto all'inizio del processo, l'abbandono della massima *ne procedat iudex ex officio* condurrebbe alla infiltrazione di un elemento pubblicistico in tutti i rapporti privati, che ne altererebbe completamente la natura. Se, infatti, per il proseguimento degli interessi che oggi il diritto privato tutela, fosse ritenuta giuridicamente efficace o soltanto, o, sia pure, in concorso della volontà individuale, ma *indipendentemente da essa*, la volontà dello Stato, quegli interessi sarebbero dallo Stato considerati o soltanto o anche come interessi proprii: nella prima ipotesi, se cioè i privati fossero *esclusi* dal promuovere l'attività giurisdizionale per la realizzazione di

Da ciò risulta che il processo civile comprende, sia gli atti con cui lo Stato procura il soddisfacimento degli interessi privati tutelati, in quanto trovino ostacolo o nell'incertezza o nell'inosservanza del diritto, sia gli atti, con cui i privati *determinano* il compimento dei primi. E, poichè la sentenza è uno degli atti, anzi è il più importante degli atti, con cui lo Stato adempie a questo suo còmpito, studiare la posizione della sentenza nell'insieme del processo, significa studiare i rapporti della sentenza con tutti gli altri atti dello Stato e dei privati, che nel processo si compiono. Fra questi ci interessano particolarmente gli atti dei privati che determinano la emanazione della sentenza, la quale, al pari di tutti gli atti dello Stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale civile, è determinata, di regola, da atti dei privati. Di tali rapporti (rapporti tra *azione* e *sentenza*) ci occuperemo in primo luogo. Quindi, per completare la trattazione, diremo anche qualche cosa dei rapporti tra la sentenza e gli altri atti processuali dello Stato e dei privati, ossia, in genere, della posizione della sentenza nell'insieme del processo.

**32**. Lo studio dei rapporti tra *azione* e *sentenza* presuppone noto il concetto di *azione*, il quale è dei più difficili e controversi nella scienza del diritto processuale. Non intendiamo qui di trattare, con l'ampiezza che pur meriterebbe, una tale questione, la quale interessa, del resto, solo incidentalmente il nostro tema. Ci limiteremo ad esporre, in modo succinto, le nostre idee, desumendole dai concetti fondamentali posti a base della presente trattazione.

---

questi interessi, il diritto privato cesserebbe di esistere come tale: nella seconda ipotesi, se cioè lo Stato ammettesse la iniziativa privata accanto alla propria, si avrebbe in ogni rapporto di diritto privato innestato un rapporto di diritto pubblico, e quegli interessi avrebbero una doppia tutela: una privatistica e l'altra pubblicistica; donde uno " snaturamento poliziesco del diritto civile " (**Kohler**, *Prozess als Rechtsverhältniss*, pag. 17). Cfr. anche **Chiovenda**, *L'azione*, pag. 7, nota 5, col quale non potremmo consentire nella opinione che in questa ipotesi " non verrebbe necessariamente meno la natura privata della norma, l'interesse del singolo come suo scopo ": la geminazione degli interessi tutelati condurrebbe alla geminazione dei rapporti e indurrebbe un carattere misto nelle norme giuridiche che li regolano (*disposizioni d'ordine pubblico*).

Chiunque è titolare di interessi tutelati dal diritto, vale a dire, chiunque è dal diritto riconosciuto come *subietto di diritti* o *persona*, ha interesse a che lo Stato intervenga per il soddisfacimento dei suoi interessi, i quali siano tutelati dal diritto, quando non si possa o non si voglia attuare la norma che li tutela.

È questo un interesse *secondario*, ma distinto dagli interessi *principali*, che formano il contenuto dei varî diritti subiettivi spettanti a un determinato subietto. Esso, infatti, non si risolve nelle varie utilità o vantaggi che costituiscono gli interessi principali, ma in una utilità *diversa*, sebbene *accessoria* a quelle, vale a dire nella *eliminazione* di certi ostacoli, che si frappongono al diretto conseguimento delle utilità principali. E che si tratti di una utilità diversa è dimostrato da ciò che, soddisfatto, in un singolo caso, questo interesse secondario, non è soddisfatto, senz'altro, l'interesse principale, ma ne è solo *reso possibile* il *diretto* soddisfacimento da parte dell'interessato. *Questo interesse secondario esiste, in quanto esiste il divieto della difesa privata.* Se fosse permesso al singolo di proseguire *sempre*, *direttamente*, da sè i suoi interessi tutelati, non vi sarebbe un interesse *speciale* a superare gli ostacoli che altri potesse porre al loro soddisfacimento: esso si confonderebbe cogli stessi interessi proseguiti. Nel concetto di interesse essendo implicita l'idea di una volontà che lo prosegue (3), vi è implicita anche quella di una attività volitiva diretta alla eliminazione degli ostacoli che si frappongono alla sua realizzazione. Ma nel sistema del divieto della difesa privata essendovi ostacoli alla realizzazione degli interessi tutelati, *che il singolo non può da sè superare*, si crea in lui un interesse *secondario* a che siano eliminati *per opera di chi ne ha la facoltà e possibilità*. La eliminazione di questi ostacoli, è, in realtà, una utilità secondaria, che trova la sua ragion

(3) Come non è concepibile una forma senza sostanza, così non è concepibile una sostanza informe: e perciò nè volontà senza contenuto, ossia senza interesse, nè interesse senza una volontà che lo prosegue; perchè un *quid* diventi interesse, occorre che sia voluto o possa esser voluto dall'uomo. V. **Jellinek**, *System d. subjektiven öffentlichen Rechte*, pag. 41; — **Bernatzik**, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden*, pag. 64-65.

d'essere nelle utilità principali, a cui si riferisce, in quanto è *mezzo* per giungere ad esse. Ma un bene può benissimo essere soltanto un bene-mezzo, e pure essere considerato *di per sè stesso* come un bene, e quindi diventare un bene speciale (si pensi, per es. alla moneta, che è il bene-mezzo per eccellenza). Tutto dipende dal modo con cui esso si presenta alla volontà del subietto. Così è appunto dell'interesse secondario, di cui parliamo. L'intervento dello Stato per la realizzazione degli interessi tutelati, e per la sua importanza, e perchè implica l'attività di un subietto diverso dal subietto degli interessi principali, è una utilità che viene proseguita in modo *particolare*, acquistando così una esistenza autonoma e distinta dalle utilità principali, a cui, in ultima analisi, si riferisce.

Un'altra caratteristica di questo speciale interesse, che lo differenzia ancora una volta dai singoli interessi, a cui si riferisce, è quello di essere un interesse *astratto* e *generale*, indipendente dai singoli interessi, a cui può, caso per caso, riferirsi: esso non è che l'interesse all'*intervento dello Stato*, per la realizzazione dei proprî interessi tutelati. Come *interesse astratto*, esso rimane sempre lo stesso, per quanto variino i singoli interessi concreti al cui soddisfacimento possa, nei singoli casi, mirare il titolare di esso. Si può dire perciò che ogni titolare di diritti subiettivi ha un *unico interesse astratto e secondario* ad ottenere l'intervento dello Stato per la realizzazione dei suoi interessi tutelati dal diritto.

Questo interesse astratto e secondario costituisce, alla sua volta, un vero e distinto *diritto subiettivo*: infatti una intiera categoria di norme, quelle del diritto processuale civile, sono destinate a tutelarlo. Tutti gli elementi del diritto subiettivo concorrono dunque: uno speciale interesse come elemento materiale: il riconoscimento dato dal diritto alla volontà individuale che lo persegue, come elemento formale. Questo diritto subiettivo è, appunto, il *diritto di azione*, il quale, considerato dal lato sostanziale, è pertanto l'interesse ad ottenere l'intervento dello Stato per la eliminazione degli ostacoli che l'incertezza o l'inosservanza della norma pone alla realizzazione degli interessi tutelati, alla sua volta tutelato dal diritto processuale obiettivo.

**33.** Da ciò si desume anzitutto, che il diritto di azione è un diritto subiettivo per sè stante, distinto dai varî diritti subiettivi principali o materiali ai quali può riferirsi. La vecchia dottrina, che considerava l'azione non come un diritto autonomo, ma come una *posizione*, una *qualità*, un *momento*, un *aspetto* del diritto subiettivo (4) era tratta in errore dalla natura *secondaria* dell'interesse che forma il contenuto sostanziale del diritto di azione: essa dimenticava che questo interesse, per quanto secondario, è un interesse *distinto* dall'interesse primario a cui si riferisce, e scambiava un interesse secondario, ma distinto, con un aspetto o un momento dell'interesse principale. Con ciò essa disconosceva tutta l'importanza della evoluzione, per cui al sistema della difesa privata si sostituì il sistema della giustizia di Stato, identificando l'atto di chi si rivolge ai giudici per ottenere il soddisfacimento di un proprio interesse tutelato, con quello di chi provvede direttamente da sè a tale soddisfacimento: l'azione giudiziaria coll'esercizio diretto delle proprie ragioni.

Da quanto si è detto si desume altresì che il diritto di azione è un diritto subiettivo spettante a ciascun cittadino come tale (e quindi anche agli stranieri, che sono, per questo riguardo, parificati ai cittadini: art. 3 Cod. civ.), ossia a chiunque è nello Stato riconosciuto come titolare di diritti subiettivi, o persona. Il possedere interessi giuridicamente protetti è infatti sufficiente, perchè si abbia interesse all'effettiva realizzazione della loro tutela da parte dello Stato, nè, d'altro canto, la tutela sarebbe effettiva e compiuta (posto il divieto della difesa privata), se questo interesse non fosse alla sua volta tutelato di fronte allo Stato. Si tratta dunque di un diritto inerente alla stessa qualità di subietto di diritti, e che sorge con questa: di un diritto astratto e generale, non necessariamente dipendente dalla effettiva appartenenza di un concreto diritto

---

(4) **Kroll**, *Klage und Einrede nach deutschem Rechte*, Berlin, 1884, pag. 25; — **Förster-Eccius**, *Preussisches Privatrecht*, 7ª ed., I, Berlin 1896, § 50; — **Wächter**, *Pandekten*, Leipzig, 1880-1881, I, pag. 502; — In Italia: **Filomusi-Guelfi**, *Enciclopedia giuridica*, pag. 629-631; — **Bolchini**, *I diritti facoltativi e la prescrizione*. Torino 1899, pagg. 34-36, ed autori ivi citati.

subiettivo materiale, e neppure necessariamente ricollegato ad un elemento subiettivo che si riferisca all'*esistenza* di un diritto subiettivo materiale (opinione, credenza del diritto; buona fede) (5). Quello che occorre soltanto, perchè l'interesse secondario, di cui parliamo, sia tutelato dal diritto (ossia perchè esista un diritto di azione), è che esso si riferisca a un interesse primario *in astratto* tutelato dal diritto. Ciò dipende dalla natura stessa dell'interesse, che forma il contenuto del diritto di azione: essendo questo l'interesse generale ed astratto all'intervento dello Stato per la realizzazione degli *interessi che siano tutelati dal diritto,* l'interesse primario, a cui si riferisce, deve, perciò, *presentarsi come tutelato dal diritto.* Che il diritto effettivamente, nel caso concreto, lo tuteli, è, per l'esistenza del diritto d'azione, *a priori* irrilevante: può infatti qualche volta l'interesse secondario essere rivolto appunto all'*accertamento* di questa tutela, che apparisca incerta. Ma sempre bisogna che l'interesse primario appartenga ad una di quelle categorie di interessi che il diritto obiettivo, *in astratto*, tutela. Il diritto obiettivo, nel tutelare gli interessi umani, procede per *astrazione*: esso non tutela singoli interessi di singoli subietti, ma *categorie* di interessi: orbene, perchè vi sia diritto di azione, basta che l'interesse secondario si riferisca a un interesse primario appartenente ad una delle categorie tutelate (6).

**34.** Contro questa concezione del diritto di azione come un diritto spettante ad ogni subietto di diritti *come tale*, e quindi, anche anteriormente alla domanda giudiziale (il così detto *diritto astratto* di agire) si è opposto, che, prima della domanda non esiste un *diritto di agire*, ma una mera *possibilità di azione.* È questa —

---

(5) **Degenkolb**, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, pag. 41, richiede la *buona fede*; — **Mortara**, *Commentario*, II, pag. 535; *Manuale della procedura civile*, 4ª edizione, Torino 1903, I, pagg. 11 e segg., richiede l'*opinione di un diritto, l'opinione della violazione di un diritto.*

(6) È ciò che richiede anche **Degenkolb**, *Einlassungszwang*, pagg. 41, 55 e segg., 65 e segg. (affermazione di azione *giuridicamente rilevante, riferimento ad una pretesa*). Nello stesso senso **Plósz**, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, pagina 17 (affermazione di un determinato titolo per la costituzione del processo).

si è aggiunto — una facoltà inerente alla personalità, e non un vero e proprio diritto subiettivo; giacchè al pari di tutti i poteri compresi nel diritto di personalità, manca della determinatezza necessaria (7); ad essa, inoltre, non corrisponde alcun determinato obbligo dello Stato: ciò prova anche che non siamo qui in presenza di un vero diritto subiettivo, ma di una semplice facoltà o possibilità (8). Da questa premessa qualche autore ha tratto la conseguenza, che, dunque, non vi è mai un diritto di azione, non vi sono rapporti giuridici processuali fra il singolo e lo Stato, ma vi sono soltanto rapporti tra le parti, costituiti da un negozio giuridico processuale (la domanda giudiziale) e svolgentesi mediante atti processuali (9). Altri autori non negano l'esistenza di un di-

---

(7) Il **Wach**, *Handbuch*, pag. 22, la chiama una *res merae facultatis*, paragonabile alla facoltà di porre in essere negozî giuridici.

(8) Queste gravi obbiezioni alla teoria del diritto astratto di agire (nettamente formulata fin dal 1879 da **Degenkolb**, *Einlassungszwang*, pag. 1 e segg., 15 e segg., 32 e segg., e dal 1880 da **Plósz**, *Beiträge*, pag. 6 e segg.) distolsero la dottrina tedesca da una costruzione completamente pubblicistica del processo, a cui lo scritto del **Bülow** l'aveva avviata (i nessi tra questo scritto e quelli del **Degenkolb** e del **Plósz**, sono rilevati da questi stessi autori v. **Degenkolb**, *Einlassungszwang*, pagg. 2-3 e **Plósz**, *Beiträge*. pag. 5), e la richiamarono ad una concezione in cui l'azione era più strettamente connessa al diritto materiale. Su queste obbiezioni v. **Wach**, *Defensionspflicht und Klagerecht*, nella *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, VI (1879), pagg. 515 e segg.; — *Handbuch*, pag. 22; — **Kohler**, *Der Prozess als Rechtsverhältnisss*, pag. 42; — **Gierke**, *Deutsches Privatrecht*, Berlin, 1895, pag. 324, testo e nota 6; — **Schmidt**, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, pag. 26, testo e nota 1; — **Helwigg**, *Anspruch und Klagerecht*, Jena, 1900, pag. 147; — **Bülow**, *Die neue Prozessrechtswissenschaft*, nella *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, XXVII, pagg. 242 e segg., 12 e segg.; — e da ultimo: lo stesso **Bülow**, *Klage und Urteil*, Berlin, 1903, pagg. 8 e segg.; — **Weismann**, *Lehrbuch*, pag. 67, testo e nota 5; — **Kohler**, *Der sogenannte Rechtsschutzanspruch*, nella *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, XXXIII (1904) pagg. 221-222; — **Schmidt**, *Prozessrecht und Staatsrecht*, Karlsruhe, 1904, pag. 8, nota 1; — **Helwigg**, *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig, 1905, pagg. 8-9, 25-27, 42 e segg. In Italia: **Chiovenda**, *L'azione*, pagg. 57 e segg.

(9) **Kohler**, *Prozess als Rechtsverhältniss*, pag. 6 e segg. e specialmente pagg. 13 e segg., 34 e segg.; — *Zivilprozess- und Konkursrecht* nella *Holtzendorffs' Encyclopadie der Rechtswissenschaft*, 6ª ediz., Leipzig und Berlin, 1904, II, pag. 54; — *Der sogenannte Rechtsschutzanspruch*, pag. 225 e segg.

ritto di azione, ma negano che esso si faccia valere contro lo Stato, e lo ritengono soltanto un diritto di *fronte all'avversario*: quindi un diritto di natura speciale, che si esaurisce in una pura *facoltà* (diritto potestativo), la facoltà cioè di porre in essere le condizioni per l'attuazione del diritto obiettivo (10). Altri autori ancora, e sono la maggior parte, non si sono lasciati scoraggiare dalla difficoltà di trovare un rapporto giuridico concreto tra il singolo e lo Stato. Essi distinguono pertanto la *possibilità* di azione, che spetta ad ogni cittadino, anche prima della domanda, e il *diritto di azione*, o, in generale, il *diritto alla tutela giuridica (Rechtsschutzanspruch)* che spetta solo a colui, nel quale esistono determinati presupposti di diritto materiale e processuale (presupposti della azione o presupposti della tutela giuridica). Il diritto alla tutela giuridica, in generale, è, dunque, il diritto a un determinato atto di tutela dello Stato: il diritto di azione, in particolare, è il diritto ad una sentenza di *determinato contenuto* (11).

---

(10) **Weismann**, *Lehrbuch*, pagg. 67-68, e anche prima di lui, **Chiovenda**, *L'azione nel sistema dei diritti*, passim, ma specialmente, pagg. 30 e segg., 71 e segg.

(11) **Wach**, *Handbuch*, pag. 19 e segg.; — *Der Feststellungsanspruch*, pagina 15 e segg.; 22 e segg.; — **Stein**, *Urkunden- und Wechselprozess*, Leipzig, 1887, pag. 47 e segg; — **Hölder**, *Pandekten*, Freiburg, 1891, pagg. 19-20 e 324; — **Gierke**, *Deutsches Privatrecht*. pag. 326; — **Laband**, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Berlin, 1895, II, pag. 332; — **Planck**, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, pagg. 4 e segg.; — **Schmidt**, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, pagg. 17 e segg.; — **Langheineken**, *Der Urteilsanspruch*, pagg. 12 e segg.; — **Skedl**, *Das österreichische Civilprozessrecht*, Leipzig, 1900, pag. 12; — **Helwigg**, *Anspruch und Klagrecht*, pagg. 145 e segg.; e *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, pag. 146; — **Sintenis**, *Der simulirte Prozess*, nella *Zeischrift für deutschen Civilprozess*, XXX (1902), pag. 376; — **Siber**, *Der Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschen Reichsrecht*, Leipzig, 1903, pagine 70 e segg.; — e di nuovo: **Stein**, *Das Civilprozessrecht*, nella **Birkmeyer's**, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1901, pag. 1175; — e *Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage*, Halle, 1903, pagg. 1 e segg.; — **Schmidt**, *Prozessrecht und Staatsrecht*, pag. 11 e segg.; — e sopratutto **Helwigg**, *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig, 1905, pagg. 6 e segg.; 27 e segg.; 42 e segg., che risponde ampiamente agli attacchi mossi alla dottrina del *Rechtsschutzanspruch* da **Bülow** e **Kohler** (op. cit. nelle note precedenti). In Italia si sono pronunciati per questa dot-

**35.** Ma nè le critiche — ci sembra — mosse al concetto del diritto di azione come un diritto spettante di fronte allo Stato a ciascun subietto di diritti come tale, sono così decisive, da doverci, senz'altro, far rinunziare ad una costruzione basata su quel concetto; nè, d'altro canto, le concezioni che si sono volute ad esso sostituire sono al coperto da ogni obbiezione: chè anzi, se pure sfuggono a qualcuna di quelle che colpiscono la teoria del diritto astratto di agire, vanno incontro ad altre, e non meno gravi e fondate.

La difficoltà più grave, in cui si imbatte la nostra concezione, è quella di considerare come un vero e proprio diritto subiettivo la facoltà spettante ad ogni cittadino di provocare l'attività degli organi giurisdizionali dello Stato, non solo per la realizzazione dei propri interessi, di cui sia accertata la tutela, ma anche per l'accertamento della tutela, che possa spèttare eventualmente ad un suo interesse. Orbene, questa difficoltà è tutt'altro che insuperabile. Indubbiamente, infatti, è possibile ad ogni cittadino, che possegga i requisiti di *capacità* richiesti per agire in giudizio e si rivolga ad un organo competente nelle forme prescritte dalla legge, di ottenere dagli organi giurisdizionali dello Stato la determinazione di ciò che è diritto nel caso concreto e la realizzazione forzata del diritto accertato. Non solo: ma è possibile a chiunque, anche senza le condizioni sopra enumerate e senza quelle altre che il diritto possa nei singoli casi richiedere, di provocare dal giudice una pronuncia intorno alla sua domanda; pronuncia che sarà un rifiuto di provvedere per mancanza di quei requisiti preliminari

---

trina: **Fadda**, *La prescrizione della ragione commerciale dopo la sentenza di condanna*, nel *Filangieri*, 1898, pagg. 4 e segg. dell'estratto; — **Simoncelli**, *Lezioni di diritto giudiziario civile*, anno 1902-03, pagg. 233 e segg.; — **Menestrina** *L'accessione nell'esecuzione*, Vienna, 1901, pag. 182; — **De Palo**, *Titolo esecutivo*, pag. 4, 6 e 7, sembra anch'egli propendere per questa teoria, sebbene le sue idee in proposito non siano molto sicure. Neppure si pronuncia esplicitamente il **Ferrara**, *Il diritto pubblico e il privato nel nostro attuale processo civile*, Milano, 1905. Per la derivazione della teoria del *Rechtsschutzanspruch* da due vecchi scritti dell'**Hasse** (1834) e del **Muther** (1857), v. le notevoli osservazioni del **Chiovenda**, *L'azione*, pag. 51 e segg., testo e nota 27.

*(absolutio ab instantia)*, ma che il magistrato, pertanto, è obbligato ad emettere (12). Ora, questa possibilità di ottenere dagli organi della giurisdizione questi atti, è *assicurata a chiunque*, in modo che il loro conseguimento effettivo dipende *dal solo arbitrio* individuale. Ciascuno può sempre pretendere dagli organi giurisdizionali che spieghino la loro attività in suo favore, *se vuole*. Ma chi può pretendere da altri qualche cosa *se vorrà*, ha, senz' altro, *diritto* a questo qualche cosa. Dicono benissimo FADDA e BENSA: " Chi è creditore, o titolare in genere di un diritto *se vorrà*, è già titolare fin d'ora, nel senso che può, quando voglia, esercitare subito il suo diritto. Come il debitore non è affatto vincolato, se promette sotto una condizione potestativa pura, così è tosto avente diritto chi può esercitarlo quando voglia. Il diritto importa la facoltà di pretendere da una o più persone, o da chiunque, un determinato comportamento. Come negare che tale facoltà spetta a chi può esercitarla quando vuole? " (13). Il dire dunque che dipende fin d'ora dalla *sola* volontà di un subietto il pretendere da altri un qualche cosa, senza che nessuno possa impedirglielo, equivale a dire che esso ha già *diritto* a questo qualche cosa. Ciò dipende dalla struttura stessa del diritto subiettivo come *potestà di volere*

---

(12) Oltre al diritto di ottenere una pronuncia sul merito, ossia sul rapporto giuridico materiale, ciascuno ha dunque il diritto di ottenere una pronuncia sulla possibilità di emettere la pronuncia sul merito. Ciò dimostra che il diritto d'azione, come diritto a provocare l'attività dell'organo giurisdizionale, comprende l'uno e l'altro, e che perciò esso spetta non solo a chi ha facoltà di provocare una pronuncia *sul merito*, ma a chiunque può provocare *una pronuncia* del giudice, ossia, ad ogni subietto di diritto. Quindi, si ha *processo* non solo quando esiste il diritto dell'attore a ottenere una pronuncia sul merito (quando cioè concorrono i così detti *presupposti processuali*) ma anche quando tale diritto non esiste e il processo termina con una *absolutio ab instantia*: v. **Wach**, *Handbuch*, pag. 28; — **Helwigg**, *Lehrbuch*, pagg. 144-145: e *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, pagg. 54-55; — **Menestrina**, *La pregiudiciale*, pagina 46. Di altra opinione: **Weismann**, *Hauptintervention und Streitgenossenschaft*, Leipzig, 1884, pag. 95, nota 8 e 117, nota 22 *a*; — **Kohler**, *Prozess als Rechtsverhältniss*, pag. 52, pei quali non v'è processo, quando mancano i c. d. *presupposti processuali*. Il nome lo farebbe credere, ma sta in fatto che può darsi processo... senza presupposti processuali!

(13) **Fadda** e **Bensa**, *Note alle Pandette* del **Windscheid**, I, pag. 1098.

riconosciuta dall'ordinamento giuridico per la realizzazione di un determinato interesse. Già nella mera *possibilità* di pretendere da altri qualche cosa, si esplica la *signoria della volontà* del titolare. Al momento in cui questa *possibilità* di volere è riconosciuta, è riconosciuto il diritto: l'effettivo spiegamento della volontà appartiene all'*esercizio,* non all'*esistenza* del diritto subiettivo. *Possibilità di volere* non è che *potestà di volere*, ossia è *diritto subiettivo*. Ed egualmente se si guarda al *lato passivo* del rapporto. Chi è obbligato *se altri vorrà*, è già, fin d'ora obbligato, giacchè essere obbligato significa appunto essere soggetto alla volontà altrui. Tutto ciò, s'intende, quando — come nel caso in esame — la possibilità di pretendere da altri un qualche cosa dipende *unicamente* ed *assolutamente* dalla volontà del subietto, sia pure che occorrano forme particolari di manifestazione. Che se tale possibilità dipende anche in parte dal concorso di circostanze *non intieramente dipendenti* dalla volontà del subietto, allora si avrà una semplice *possibilità* di acquistare un diritto subiettivo, o nei congrui casi, un diritto subiettivo *condizionale* (14).

Il diritto subiettivo, di cui parliamo, non ha di speciale, di fronte agli altri, se non questo: che la facoltà del singolo di pretendere dallo Stato la tutela giurisdizionale è legata ad una sua dichiarazione di volontà appositamente fatta e fatta in forme determinate *(domanda giudiziale)*. Ma la *forma*, a cui possa essere subordinato l'esercizio del diritto, non impedisce che si tratti appunto di *esercizio* e non di *costituzione del diritto*. E ciò avviene in molti altri casi. Già i così detti *diritti civici* hanno appunto questa caratteristica:

(14) Anche quando l'acquisto di un diritto dipende da un atto giuridico unilaterale, il diritto subiettivo non nasce ancora, se la volontà del subietto può essere resa impotente da un atto di un altro subietto. Così nell'*occupazione* di una *res nullius*, non sarebbe esatto dire che *chiunque*, rispetto alla *res nullius*, si può senz'altro considerare proprietario, perchè dipende dalla sua volontà il diventarlo. Il diventare proprietario di una *res nullius* non dipende *unicamente* dalla volontà del subietto, ma dipende anche dalla circostanza, che la *res* resti *nullius*, ossia che altri non l'occupi. Quando invece la volontà del subietto è del tutto libera ed indipendente, per il conseguimento di un determinato bene mediante l'opera positiva o negativa di un altro subietto, si ha un diritto subiettivo. Ed è questo appunto il caso del diritto d'azione.

che il loro esercizio implica una apposita *domanda* del cittadino, e qualche volta, anche altre condizioni, che dipende da lui il soddisfare (per es.: il pagamento di una tassa). Ma anche nel diritto privato non mancano esempî di questo genere: così nel caso delle obbligazioni senza termine, in cui il debitore è tenuto *immediatamente* (art. 1173 Cod. civ.), ma il creditore deve previamente costituirlo in mora (art. 1223 ult. cap.); e, in genere, tutte le volte che il creditore, per esercitare il suo diritto di credito, è tenuto a fare una *dichiarazione* o *denuncia* o *intimazione* al debitore (15). Ed è tanto vero che in questi casi, in cui l'esercizio del diritto dipende dalla *sola volontà* del titolare, il diritto sorge già colla *possibilità* di esercitarlo, che la prescrizione non decorre già dal momento della dichiarazione dell'avente diritto, ma dal momento in cui è sorta la *possibilità* di fare questa dichiarazione: donde la nota massima: *toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris* (16). Siamo adunque, in questi casi, come in quello del diritto di azione, in presenza di forme e modalità di *esercizio* del diritto, non di condizioni o presupposti per la sua *costituzione*.

Nè è giusta l'obbiezione mossa al concetto del diritto astratto di agire, che si tratti di una pura facoltà mancante della determinazione necessaria (17). Come può dirsi che il diritto di azione consti

---

(15) Ogni volta che si ha un rapporto giuridico *denunciabile*, ossia un rapporto, la cui continuazione dipende dalla libera volontà di chi è autorizzato alla denuncia (**Immerwahr**, *Die Kündigung historisch und dogmatisch dargestellt*, Breslau, 1898, pag. 1-2) quest'ultimo ha, in realtà, fin dall'origine tutti i diritti, che gli spettano, malgrado il rapporto giuridico, e la denuncia costituisce solo una parte di ciò che il creditore deve fare per l'esercizio del suo diritto (**Immerwahr**, *Die Kündigung*, pag. 95).

(16) La ragione di questa massima sta appunto in ciò, che la inazione, rispetto a un diritto, la cui nascita dipende dalla nuda volontà del titolare, ha lo stesso significato della inazione, rispetto a un diritto già nato (cfr. **Windscheid**, *Pand.* § 107). Ma ciò non equivale a dire che, in realtà, il diritto è nato in ambedue i casi, e che perciò in ambedue i casi la inazione del titolare ha lo stesso valore? La cosa è intesa in questo modo, e giustamente, da **Fadda** e **Bensa**, *Note*, pagg. 1098 e 1099.

(17) **Bülow**, *Klage und Urteil*, pagg. 17-18.

di facoltà indeterminate, quando una intiera e numerosa categoria di norme, quelle del diritto processuale obiettivo, determina per filo e per segno ciò che il cittadino deve fare per ottenere la tutela giurisdizionale dello Stato, e ciò che gli organi della giurisdizione sono tenuti a prestargli a questo scopo? Se non solo ciò che egli può fare, in virtù del suo diritto, e ciò che può pretendere da altri, è fissato *a priori*, ma è fissata anche la *forma* in cui l'attività sua e quella degli organi statuali deve essere spiegata? Qui davvero tutto è determinato e limitato (18).

Adunque non può dirsi che il diritto di azione manchi di *autonomia*. Mancano di autonomia e quindi non sono diritti subiettivi di per sè stanti, ma fanno parte del contenuto di altri diritti, quelle facoltà, a cui non corrisponde la necessità di uno *speciale* comportamento nell'obbligato, ma quello stesso comportamento, che corrisponde al diritto che le comprende (19). Ora, evidentemente, non può negarsi che la facoltà di ottenere dallo Stato la tutela giurisdizionale sia, in questo senso, autonoma: l'obbligo dello Stato, di prestare quella tutela, obbligo *positivo* e *specifico*, non corrisponde a nessun altro diritto dei cittadini: tanto meno al diritto di libertà o di personalità, a cui si vorrebbe da qualcuno ricondurlo (20): al

---

(18) La determinatezza della pretesa conferita dal diritto, e quindi l'esistenza di un diritto autonomo, o di un semplice *potere* compreso in un altro diritto, dipende dalla maggior o minor determinazione con cui un interesse è preso in considerazione dal diritto. Indeterminatissimo è l'interesse tutelato nel diritto di libertà, determinatissimo quello tutelato nel diritto di obbligazione (**Degenkolb**, *Zur Lehre von Vorvertrag*, in *Archiv für die civilische Praxis* LXXI, pag. 1 e segg.; — **Hartmann**, *Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, pagg. 31-32; — **Kuntze**, *Die Obligationen in römischen und heutigen Recht*, Leipzig, 1886, pag. 123).

(19) E ciò avviene, perchè alla indeterminatezza dell'interesse tutelato corrisponde l'indeterminatezza della tutela, ossia l'indeterminatezza degli atti, a cui l'obbligato o gli obbligati sono tenuti in virtù della norma giuridica. Il comportamento dell'obbligato è quindi, in questo caso, determinato *genericamente*.

(20) Specialmente da **Kohler**, *Prozess als Rechtsverhältniss*, pag. 42 e *Der sogenannte Rechtsschutzanspruch*, pagg. 221-223 e da **Bülow**, *Klage und Urteil*, pagg. 12 e segg.

diritto di libertà infatti, per tacer d'altro, corrispondono solo obblighi *negativi* dello Stato.

36. La bontà della nostra concezione trova una conferma anche nelle difficoltà inestricabili, in cui si avviluppano tutte le altre concezioni, che le si sono opposte, in Germania e in Italia. Ed anzitutto, quella che ha il maggior numero di fautori, e fra i più autorevoli: cioè la teoria del *Rechtsschutzanspruch*. La quale, battuta in breccia dal Bülow e dal Kohler, continua a difendersi vigorosamente, senza però che le riesca di sfuggire a questo dilemma: o di identificare il diritto *concreto* alla tutela giuridica col diritto *astratto* di agire: o di confonderlo col diritto subiettivo materiale. Si prenda infatti il processo di accertamento, in cui la cosa appare evidente: qui un diritto alla sentenza *favorevole* non solo non sorge colla domanda giudiziale, ma neppure colla chiusura della trattazione della causa, bensì soltanto quando il giudice si è formata una *determinata* convinzione sul materiale di causa. Solo in questo momento, cioè quando il processo è finito, sorge il diritto o per l'attore di veder accolta la domanda, o per il convenuto di vederla respinta. Il diritto ad una determinata sentenza sorgerebbe adunque — come bene osserva il Chiovenda (21) — in un momento che il titolare non può conoscere: e — aggiungiamo noi — quando viene conosciuto, esso è già stato soddisfatto! Il che significa che non esiste mai come diritto! E allora che resta del diritto alla tutela giuridica? Quale diritto si fa valere durante il processo? Posto che non si fa valere il diritto ad una *data* sentenza, sia da parte dell'attore, sia da parte del convenuto, quello che si fa valere non può essere evidentemente che o il diritto astratto di agire, spettante ad entrambi, o il diritto subiettivo materiale (il diritto affermato per l'attore: il diritto di libertà pel convenuto) spettante a colui che ha ragione (22). E se, respinta

---

(21) *L'azione nel sistema dei diritti*, pag. 127.

(22) Già il **Kohler**, aveva posto implicitamente alla teoria del *Rechtsschutzanspruch* il dilemma a cui è accennato nel testo, quando, dopo aver notato che essa " das Prozessrecht dem Zivilrechte dienstbar macht „ aggiungeva:

la prima soluzione — come fanno energicamente i fautori del *Rechtsschutzanspruch*, i quali sogliono anzi così spesso lagnarsi di veder confusa la loro teoria con quella del diritto astratto di agire (23) —, ci si appiglia alla seconda, e si considera il diritto d'azione quale un accessorio, una pertinenza del diritto subiettivo materiale, come si spiega la facoltà di esigere dallo Stato atti della funzione giurisdizionale, anche in chi non ha diritto? (24). E quanto a colui che ha diritto, la prova migliore che non esiste un suo diritto alla tutela giuridica, è data dal fatto che non esiste un *obbligo del giudice di decidere a favore di chi ha diritto* (che presupporrebbe la possibilità di conoscere la *verità obiettiva*, mentre il giudice, come ogni uomo, deve accontentarsi della *certezza*, ossia della *verità subiettiva*): ma esiste solo un obbligo di decidere *secondo la convinzione* che egli si è formata sui risultati del processo (25).

---

" noi diciamo che non esiste un diritto alla tutela giuridica; ma se esistesse esso dovrebbe, secondo tutta la logica del processo, essere un diritto astratto " (*Der sogenannte Rechtsschutzanspruch*, pagg. 217 e 220).

(23) Di questi lamenti è pieno l'ultimo libro dell'**Helwigg**, *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig, 1905: v. specialmente a pag. 4, 6, 7, 8, 9, 10.

(24) Questa domanda è lasciata senza risposta dai fautori del *Rechtsschutzanspruch*, quando si accontentano di affermare, che se l'autore non è autorizzato all'azione, il convenuto ha un diritto d'azione per l'accertamento del non diritto dell'attore (**Helwigg**, *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, pag. 47-50). Sta di fatto che l'attore ha diritto ad una prestazione da parte del giudice (sentenza) anche quando non è autorizzato all'azione, e che lo stesso diritto ha il convenuto, anche quando l'attore è autorizzato (così per es. se il convenuto non accetta la rinunzia agli atti del giudizio: art. 345 Cod. proc. civ. e sopravvenga una sentenza che accoglie le domande dell'attore). È questo diritto alla sentenza dell'attore e del convenuto, indipendentemente dal diritto materiale, che bisogna spiegare e che la teoria del *Rechtsschutzanspruch* non spiega. Il problema, posto dal **Degenkolb**, *Einlassunszwang*, pag. 4 e segg. fin dal 1877, è ancora da risolversi.

(25) Così giustamente **Chiovenda**, *L'azione*, pag. 127. V. anche Codice proc. civ., art. 270, e **Kohler**, *Prozess als Rechtsverhältniss*, pag. 29. È poco perciò il dire, come fanno **Bülow**, *Klage und Urteil*, pag. 55 e **Weismann**, *Lehrbuch*, pag. 68, in fine, che il giudice deve giudicare secondo i *risultati del processo*.

**37.** Questo labirinto di dubbî (ai quali altri ancora potrebbero aggiungersi), in cui s'ingolfa la dottrina del diritto alla tutela giuridica, spiega benissimo come si sia tentato da alcuni di battere altra via, e spiega in primo luogo il tentativo del Kohler di costruire i rapporti processuali, come semplici rapporti fra *le parti*, all'infuori di qualunque rapporto fra le *parti e lo Stato*. Per Kohler non esiste alcun diritto pubblicistico di agire: nè esiste in genere un diritto di azione come diritto autonomo: vi è solo la facoltà, spettante a chiunque, e compresa nel diritto alla integrità della propria personalità, di porre in essere atti giuridici processuali, e in ispecie la domanda giudiziale, vero negozio giuridico, per effetto del quale l'avversario è posto in una situazione giuridica, anche contro la sua volontà (26). Ma anche questo rimedio eroico di concepire l'azione non come un *diritto*, ma come un *fatto giuridico*, e precisamente, come un negozio giuridico (domanda giudiziale), che ciascuno può compiere in virtù del suo *diritto di personalità*, è ben lungi dal dissipare tutti i dubbî, e dal poggiare sopra una base incrollabile la costruzione dei rapporti processuali. Questa concezione del processo come una forma più perfezionata di difesa privata (27) ha il difetto fondamentale di lasciare completamente nell'ombra la condizione giuridica dello Stato nell' esercizio della sua funzione giurisdizionale. Non basta dire che lo Stato presta la tutela del diritto " in adempimento dei suoi còmpiti statuali ": ogni attività dello Stato è adempimento di un suo còmpito: ma lo Stato può adempiere ai suoi còmpiti in diversi modi. Adempie ai suoi còmpiti lo Stato di polizia e lo Stato di diritto: e lo stesso Stato di diritto adempie ai suoi còmpiti quando esercita, senza alcun limite nè controllo giuridico, la funzione legislativa, ed adempie ai suoi còmpiti quando chiama a partecipare i cittadini alla vita dello Stato, mediante l'esercizio del voto (per citare un caso, in cui il Kohler stesso riconosce l'esi-

---

(26) **Kohler**, *Prozess als Rechtsverhältniss*, pag. 6 e segg.; 13 e segg.; 16 e segg.; 34-35 e *Zivilprozess-und Konkursrecht* nell'*Holtzendorff's Encyclopädie*, II, pagg. 54 e segg.; *Der sogenannte Rechtsschutzanspruch*, pagg. 226 e sgg.

(27) È appunto questo il concetto del **Kohler**, *Prozess als Rechtsverhältniss*, pag. 6.

stenza di un diritto subiettivo pubblico). Dobbiamo dunque ritenere, in via generale, possibile che la volontà individuale sia riconosciuta come decisiva di fronte allo Stato riguardo all'esercizio delle funzioni statuali, o, in genere, riguardo all'esercizio della attività statuale, che è quanto dire — dobbiamo riconoscere, con la grandissima maggioranza dei pubblicisti moderni, l'esistenza di diritti pubblici subiettivi del cittadino di fronte allo Stato (28). E se non si nega la verità di questo principio, che è conquista preziosa del diritto pubblico moderno, non si può disconoscere che esiste un diritto del cittadino di fronte allo Stato, e un obbligo dello Stato di fronte al cittadino, dovunque l'esercizio di una funzione statuale si fa dipendere dalla volontà del singolo. È questo appunto il caso della funzione giurisdizionale civile. Se, come dice il Kohler (29) " quando si è spiegata l'auto-difesa, il tribunale entra come terzo fattore e interviene nel processo, non solo come spettatore controllante, ma mediante atti giuridici, energici e profondamente decisivi, i quali in ultimo determinano l'esito degli atti delle parti „ ciò significa due cose: anzitutto, che gli effetti giuridici, i quali si producono in ciascuna delle parti nel processo, derivano appunto dagli atti dello Stato, che sono i soli *decisivi* e *determinanti* per tali effetti: poi, che l'intervento dello Stato è subordinato appunto a ciò " che sia spiegata l'auto-difesa „, ossia che l'esercizio di questa funzione statuale è fatto dipendere dalla volontà individuale. Ma ciò è quanto dire, che non vi sono rapporti *diretti* fra le parti, bensì solo fra le parti e lo Stato, e che esiste nel singolo un *diritto* all'esercizio della funzione giurisdizionale da parte dello Stato. Perchè, avere la facoltà di esigere da altri un determinato comportamento, e, in ispecie, l'esercizio di una determinata attività, e avere un diritto subiettivo, non è che una sola ed identica cosa. Con questo non si nega che la concezione del Kohler sia ammis-

---

(28) È perciò giusto l'appunto mosso al **Kohler** dallo **Schmidt**, *Lehrbuch*, pag. 20, testo e nota 3, e ribadito in *Prozessrecht und Staatsrecht*, pag. 12 in nota, che la sua teoria è la negazione dello Stato giuridico ed anzi " è l'applicazione della teoria dell'assolutismo al processo civile „.

(29) *Prozess als Rechtsverhältniss*, pag. 6.

sibile, di fronte alla logica astratta: solo essa corrisponde ad uno stadio dell'evoluzione giuridica, che non è l'attuale. È, certo, concettualmente possibile un sistema, in cui le parti facciano valere i loro diritti in una lotta diretta, a cui lo Stato assista con funzioni di semplice controllo: in questo caso non si avrebbe che una forma più perfezionata di difesa privata, come la concepisce appunto il KOHLER. Ma nel diritto moderno, le cose non stanno affatto così: la lotta *materiale* o *diretta tra le parti* è eliminata: tutta la contesa giudiziale oggi consiste negli sforzi che ciascuna delle parti fa per ottenere l'aiuto dello Stato: l'attività di ciascuna parte non si ripercuote sull'altra che *indirettamente*: in quanto riesce a provocare l'attività dello Stato verso di lei. Ed è naturale: il divieto della difesa privata significa divieto della lotta diretta e sostituzione alla lotta diretta della lotta giudiziale per l'intervento dello Stato a proprio vantaggio. Ma si badi bene (il che è sfuggito al KOHLER, il quale insiste lungamente sul concetto del processo come *lotta fra le parti*) (30), che il concetto di *lotta* o di *contesa* non è un *concetto giuridico*, nè un *rapporto di lotta*, è un *rapporto giuridico*. La lotta, è, di per sè, un rapporto *di puro fatto*, che non può mai diventar giuridico: essa è il conflitto tra due forze, di cui ciascuna cerca di sopraffare l'altra; ma appunto perchè tutto il diritto ha per scopo di evitare e comporre questi contrasti di fatto, il concetto di lotta e quello di diritto sono fra loro antitetici. Quando dunque si parla di *lotta* o di *contesa* giudiziale, non si intende dire che vi è un *rapporto giuridico di lotta* fra le parti, il che sarebbe contradittorio ed assurdo, ma che le parti si trovano, *in fatto*, in lotta tra di loro, nello svolgimento dei loro rapporti giuridici collo Stato. L'*esistenza di una lotta*, sia pure soltanto ideale o indiretta fra le parti, è la prova migliore che *non esistono rapporti giuridici* tra le parti.

38. Nè a dubbi minori dà luogo la dottrina, che a questa per più versi si ricollega, secondo la quale neppure vi sarebbero nel processo, rapporti tra le parti e lo Stato, ma solo rapporti tra le parti. Tali rapporti però dipenderebbero non da atti giuri-

(30) *Prozess als Rechtsverhältniss*, pag. 9.

dici posti in essere in virtù del *diritto di personalità*, bensì dall'esercizio del *diritto di azione*, concepito come un diritto *potestativo* (diritto del *potere giuridico*, *Kann-Recht*), consistente nella facoltà di porre in essere le *condizioni* per l'attuazione del diritto obiettivo, e quindi non come un diritto a *determinati atti* del giudice, ma agli *effetti* di questi atti (31). In primo luogo, tutto ciò che si è detto contro la teoria antecedente, riguardo alla asserita inesistenza di rapporti tra il singolo e lo Stato, in dipendenza delle sue funzioni giudiziarie, vale anche per questa nuova concezione che con quella ha comune tale fondamentale assunto. Anche per i fautori di questa dottrina la domanda giudiziale determina l'obbligo del giudice di esaminare la domanda e di pronunciare secondo questo esame: solo — si afferma — è questo un obbligo del giudice *verso lo Stato*, non un obbligo dello Stato, rappresentato dal giudice, verso la parte (32). Ma che si tratti precisamente di un obbligo del giudice, come organo dello Stato, verso la parte, è dimostrato da ciò, che l'obbligo del giudice dipende appunto dalla *volontà della parte*. Ora, quando la volontà di un subietto è arbitra della prestazione di una determinata attività da parte di un altro subietto, ciò significa, in brevi parole, che quel subietto ha verso l'altro *diritto* a tale attività. Vi sono nel diritto pubblico, molti casi, in cui i subietti fisici che rivestono la qualità di organo dello Stato, non hanno, nell'ambito delle funzioni loro delegate, altri obblighi che verso lo Stato (33), e in cui perciò le norme che regolano la loro attività sono poste nell'*esclusivo interesse dello Stato*; in questi casi però non è riconosciuta ai singoli la possibilità di *determinare, colla volontà loro*, quella attività:

(31) **Chiovenda**, *L'azione nel sistema dei diritti*, pagg. 71 e segg.; — **Weismann**, *Lehrbuch*, pagg. 67 e segg.

(32) **Chiovenda**, *L'azione*, pag. 103; — **Weismann**, *Lehrbuch*, pag. 68.

(33) Se non vi sono rapporti giuridici fra l'organo *come tale* e lo Stato, perchè l'organo non è un *subietto di diritti* distinto dallo Stato, ma è parte dello Stato (**Bernatzik**, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden*, Freiburg, 1890, pagg. 45 e segg.; — **Jellinek**, *Allgemeine Staatslehre*, pagg. 512 e segg.), vi sono però rapporti tra il portatore della qualità d'organo *(Organträger)* e lo Stato (**Jellinek**, *Allgemeine Staatslehre*, pag. 514).

allora l'interesse dei singoli potrà essere tutelato *indirettamente*, o *occasionalmente*, ma, mancando una tutela *indipendente* di un interesse individuale, manca un vero diritto subiettivo del singolo di fronte allo Stato. Quando invece — come nel caso nostro — è riconosciuta efficacia giuridica alla *volontà individuale* per l'esercizio di una certa attività da parte degli organi di Stato, nessun dubbio che siamo in presenza di un interesse individuale tutelato *indipendentemente*, ossia di un diritto subiettivo del singolo verso lo Stato.

Ma, oltre queste obbiezioni, a cui la dottrina in esame è esposta al pari di quella del KOHLER, altre anche più gravi le si possono opporre, riguardo alla costruzione dell'azione come un *diritto del potere giuridico* o *diritto potestativo*. Noi siamo convinti della assoluta improprietà tecnica del concetto di *diritto potestativo*, e della sua nessuna utilità per la costruzione dell'azione come diritto subiettivo. Diritto potestativo o diritto del potere giuridico, non è che un diritto subiettivo, il quale manca dell'elemento della *pretesa* e si esaurisce in una pura *facoltà*: esso è una *facoltà* del subietto, a cui non corrisponde nessun *obbligo* di un altro, ma solo la *necessità* di subire gli effetti giuridici prodotti dall'esercizio di quella facoltà (34). Ma con ciò si afferma — il che per noi è inammissibile — la esistenza di un *diritto* a cui non corrisponde nessun *obbligo*, e quindi di un *rapporto giuridico* costituito da un termine solo. Non è perciò qui in questione soltanto il concetto dell'azione, e neppur quello del diritto subiettivo, ma il concetto stesso del diritto. Nessuno ha dubitato finora che il diritto sia ordinamento di rapporti umani mediante *norme di condotta* aventi particolari caratteri. Non vi è accordo — è vero — nello stabilire *quali particolarità* abbia il diritto come norma di condotta, ma nessuno contesta che il diritto sia una *norma di condotta*. E

---

(34) **Zitelmann**, *Internationales Privatrecht*, II, Leipzig, 1898, pag. 45; — **Weismann**, *Lehrbuch*, pag. 67; — **Helwigg**, *Lehrb.*, pag. 233-234 e più nettamente di tutti: **Chiovenda**, *L'azione nel sistema dei diritti*, pag. 110-111; e *Sul litisconsorzio necessario*, negli *Scritti in onore di Vittorio Scialoia*, Milano, 1904, I, pagg. 298-299 in nota.

se il diritto è *norma di condotta*, esso non può operare altrimenti che prescrivendo a coloro che vi sono soggetti, una *determinata condotta*, ossia *imponendo degli obblighi*. La necessità quindi che ogni rapporto giuridico contenga un *obbligo*, deriva dalla natura stessa del diritto come *norma di condotta*: dagli altri suoi particolari caratteri (in ispecie dalla *irrefragabile obbligatorietà* e dalla *coercibilità* della norma) deriva l'altro elemento del rapporto, cioè il *diritto subiettivo*. È infatti concepibile una norma (non però una norma giuridica) che imponga solo *doveri* (per es.: la norma morale), ma è inconcepibile una norma di qualunque specie, che conferisca solo *diritti*. Questa esigenza logica si ripercuote — e non potrebbe essere altrimenti — sul concetto del diritto subiettivo. Come interesse giuridicamente protetto, il diritto subiettivo implica l'esistenza dell'obbligo a un determinato comportamento: la *protezione* accordata all'interesse di un subietto presuppone la *possibilità* che questo interesse sia violato dall'azione di un altro subietto (la *difesa* presuppone la possibilità dell'*offesa*), e consiste appunto nel comando imposto a coloro, i cui interessi siano con quello in conflitto, di concorrere, colla loro azione negativa o positiva, al suo soddisfacimento. E lo stesso dicasi della concezione del diritto subiettivo come *signoria della volontà* riconosciuta o conferita dall'ordinamento giuridico. Il concetto di *signoria*, di *potestà*, indica una *relazione*; signoria di una volontà significa *prevalenza* di una volontà sopra un'altra. Ora, quando questa signoria è una *signoria giuridica*, cioè conferita dal diritto, essa presuppone necessariamente una norma che imponga ad altri una *determinata condotta*.

Diritti dunque, a cui non corrisponde nessun obbligo, non ne esistono: esistono bensì facoltà, contenute in diritti subiettivi, a cui non corrisponde un particolare obbligo, ma solo l'obbligo determinato in modo generico, che corrisponde al diritto, di cui fanno parte (35). Tutti i così detti diritti potestativi sono facoltà di questo genere. La particolarità, che può trarre in inganno circa la loro natura, è questa: vi sono casi, in cui l'esercizio di un di-

(35) V. sopra, pag. 91, testo e nota 19.

ritto subiettivo presuppone un preliminare ed apposito atto di volontà del titolare, col quale questi affermi o dichiari in modo più o meno solenne, di volere esercitare il suo diritto: talvolta anche l'esistenza e la legalità di questo atto devono essere accertate da una pronuncia del giudice. Per lo più ciò avviene quando esiste un atto giuridico o uno stato giuridico, i quali sono viziati da cause di nullità o di illegittimità, che però debbono essere riconosciute giudizialmente; in questo caso da tali atti e stati giuridici derivano diritti subiettivi, anch'essi inficiati da cause di illegittimità, ma che, fino a quando l'annullamento dell'atto o la legale cessazione dello stato non si verifica, impediscono che altri diritti subiettivi si facciano valere (36): e perciò il titolare di questi ultimi deve, per poterlo esercitare, provocare l'annullamento di quegli atti o la cessazione di quegli stati. Casi analoghi sono quelli, in cui esiste un atto giuridico, non nullo, o uno stato giuridico, non illegittimo, ma che possono venir meno per volontà di una persona determinata; anche da questi atti o stati possono nascere diritti che impediscono l'esercizio dei diritti di tale persona, la quale deve perciò, per esercitarli, provocarne la cessazione, sia che basti una semplice dichiarazione di volontà, sia che occorra, inoltre, una pronuncia del giudice (37). Altre volte invece si presenta l'ipotesi pura: di un diritto, il cui esercizio sia subordinato a una previa

---

(36) È il caso dei così detti *diritti d'impugnativa* di **Zitelmann**, *Intern. Privatrecht*, II, pagg. 32 e segg. (diritto di impugnare contratti, testamenti, matrimonio, riconoscimento di figli, deliberazioni di assemblee, concessioni di patenti, sentenze (mediante il ricorso in Cassazione), atti esecutivi, il diritto di impugnare la qualità ereditaria di un indegno). V. su queste facoltà anche **Chiovenda**, *L'azione*, pag. 109. Non vi includerei la facoltà di impugnare una sentenza mediante appello od opposizione, perchè in questi casi si ha piuttosto il diritto ad una *seconda sentenza sullo stesso oggetto*, che il diritto *di far annullare la prima*.

(37) Fra queste facoltà vanno enumerate: la facoltà di domandare la separazione personale (cessazione *parziale* degli effetti del matrimonio) e la separazione della dote; la facoltà di revocare il mandato, di recedere da una società e di domandarne lo scioglimento, di denunciare un contratto, di revocare la donazione; la facoltà di riprendere la cosa venduta mediante la restituzione del prezzo (riscatto) (**Zitelmann**, *Intern. Privatrecht*, II, pag. 45; — **Chiovenda**, *L'azione*, pag. 109).

dichiarazione del titolare di volerlo esercitare (38). In tutti questi casi siamo in presenza di un diritto subiettivo, il cui esercizio dipende da un *semplice atto di volontà* del titolare. Ma noi abbiamo già veduto che in questa situazione, il diritto esiste fin da quando esiste la *possibilità* di esercitarlo: e perciò la dichiarazione di *voler esercitare* un diritto di tal genere, è già *esercizio del diritto*. Donde, logicamente, la conseguenza, che la facoltà di fare quella dichiarazione, non è un diritto a sè, ma fa parte del contenuto di quel diritto.

Di questi *diritti latenti*, il cui esercizio presuppone uno speciale atto di volontà del titolare, vi sono moltissimi esempi, e lo svolgimento delle forme contrattuali, specie nel campo del diritto privato, ne va continuamente creando: così nei contratti di *somministrazione*, *appalto* e *fornitura*, nei contratti di *abbonamento*, nei contratti di *apertura di credito*, nei *depositi bancari*, ecc., si può stipulare l'obbligo per una parte di prestare cose o servigi a *domanda*, a *richiesta* dell'altra. Anche nelle concessioni di pubblici servizi da parte dell'amministrazione dello Stato o degli enti autarchici, si sogliono porre clausole che conferiscono ai privati il diritto di ottenere la prestazione del servizio a condizioni prestabilite, a *sua richiesta*. Comunque si vogliano costruire questi rapporti (anche se, per alcuni di essi, la facoltà dell'avente diritto si concepisca come un puro diritto al *contrahere*) si ha sempre un diritto, il cui esercizio implica una previa dichiarazione di volontà

(38) Esempi in cui l'esercizio di diritti è subordinato a una previa dichiarazione di volerli esercitare sono: *a) l'accettazione dell'eredità*, per far valere la qualità di erede (la qualità di erede infatti non si acquista coll'*accettazione* ma con la *delazione* dell'eredità [art. 925, 933 Cod. civ.] e la facoltà d'accettare si prescrive, insieme coi diritti, di cui è il preliminare atto di esercizio, in trent'anni [art. 943 Cod. civ.]; egualmente la facoltà di *rinunziare* all'eredità non è che la facoltà di rinunziare ai *diritti ereditari*: la possibilità di una *rinunzia* è qui riprova dell'esistenza *dei diritti*: cfr. **Filomusi-Guelfi**, *Diritto ereditario* (Lezioni dell'anno 1902-1903), pag. 20 e segg.: *b)* il diritto all'apposizione dei termini, alla cinta dei fondi (art. 441, 442 Cod. civ.) il diritto di chiedere la comunione del muro (art. 555, 556 Cod. civ.), il diritto alla concessione di una servitù di acquedotto o di passaggio forzato, il diritto di espropriare per causa di utilità pubblica, ecc., ecc. (**Chiovenda**, *L'azione*, pag. 109).

del titolare, e un obbligo che non diviene *attuale* senza quella dichiarazione.

A questa categoria di *diritti latenti* appartiene anche il diritto d'azione, come tutti i diritti civici: per ciò la facoltà, in esso compresa, di iniziarne l'esercizio mediante apposita dichiarazione di volontà, ha potuto esser scambiata per un diritto autonomo e precisamente, per un così detto diritto potestativo.

**39.** Il diritto d'azione è dunque un diritto subiettivo pubblico del cittadino *verso lo Stato, e solo verso lo Stato* (39), avente per *contenuto sostanziale* l'interesse secondario ed astratto all'intervento dello Stato per la eliminazione degli ostacoli, che l'incertezza o l'inosservanza della norma valevole nel caso concreto possono opporre alla realizzazione degli interessi tutelati. *Oggetto* di questo diritto è la prestazione da parte dello Stato della sua *attività giurisdizionale* per l'accertamento del diritto incerto, e per la *realizzazione forzata* degli interessi, di cui sia certa la tutela. Ciò spiega benissimo come non sempre l'azione sia un diritto ad un atto *determinato* e *favorevole*, ma possa, in taluni casi, essere semplicemente un diritto ad un *atto* dello Stato, indipendentemente dal suo contenuto. Ciò avviene appunto nel processo di accertamento. Qui l'interesse, che forma il contenuto del diritto di azione, è di ottenere dallo Stato l'accertamento di ciò che è diritto nel caso concreto, e non l'accertamento del diritto in un modo piuttosto che in un altro. Nella catena degli scopi dell'attore, quello di ottenere una *sentenza favorevole*, è lo scopo *remoto*, che non vien preso in alcun modo in considerazione dal diritto: ma lo *scopo prossimo*, cioè l'interesse che *unicamente* il diritto tutela, è quello di avere una *sentenza*, cioè l'accertamento di un rapporto incerto. Solo in questo modo si spiega come il diritto di azione possa spettare anche a chi non ha il diritto materiale, e solo così può darsi al processo una base autonoma, indipendente dal diritto pri-

(39) Non quindi anche verso l'altra parte, come in **Degenkolb**, *Einlassungszwang*, pag. 33, e in **Plósz**, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, pag. 76 e segg., 119 e segg.

vato. L'intima ragione di questa autonomia sta appunto nella natura *secondaria* ed *astratta* dell'interesse che forma il contenuto sostanziale del diritto d'azione.

È da osservare che, in qualche caso, può il diritto d'azione, aver per contenuto un interesse *terziario*, vale a dire l'interesse a che sia dallo Stato accertata la tutela che, nel caso concreto, spetta ad un interesse secondario. Può darsi infatti che l'esistenza stessa di un diritto d'azione appaia incerto, o ne appaiano incerti i limiti, e poichè questa incertezza non può *a priori* eliminarsi, sorge un interesse a questo accertamento, che il diritto processuale pure tutela. In questo caso vi è un diritto di azione *secondario*, cioè un diritto all'accertamento della tutela che il diritto accorda agli interessi *secondarî* o *processuali*. E ciò è ben naturale. Se vi sono interessi secondarî tutelati dal diritto, deve essere anche tutelato l'interesse all'accertamento di questa tutela.

Volendo perciò dare un concetto del diritto d'azione, che comprenda tutti i possibili casi, bisogna dire che esso è " il diritto verso lo Stato all'accertamento della tutela giuridica spettante a determinati interessi (materiali e processuali, ossia primarî e secondarî) e alla realizzazione forzata di quelli, la cui tutela sia certa ". Resta così ancora provato che il diritto di azione (almeno come diritto all'accertamento di rapporti processuali) spetta ad ogni subietto di diritti *come tale*, indipendentemente da qualunque altro presupposto (40).

---

(40) V. sopra, Cap. I, nota 20. Ciò che è detto nel testo sulla struttura del diritto di azione ci permette di spiegare che cosa sia il così detto " interesse ad agire " il quale, per l'art. 36 C. p. c., è condizione per proporre una domanda in giudizio e per contraddirvi (cfr. anche art. 201 C. p. c.). Secondo la dottrina dominante, l'interesse ad agire è l'*utilità* che al titolare del diritto subiettivo deriva dal provocare a favore di esso la tutela giurisdizionale (così sostanzialmente: **Mattirolo**, *Trattato*, 5ª ed., I, pag. 50; — **Mancini, Pisanelli** e **Scialoia**, *Commentario al Codice di proced. civile per gli Stati sardi*, II, n. LIX; — **Simoncelli**, *Lezioni di diritto giudiz. civ.*, a. 1902-903, pag. 234; — **Garsonnet**, *Procédure civile*, I, § 294; — **Schmidt**, *Lehrb.*, pagg. 678 e segg., 690 e segg.; — **Helwigg**, *Lehrbuch*, pag. 160, e *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, pagg. 71 e segg.; — **Stein**, *Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage*, Halle, 1903, pag. 15). Ma questa dottrina ha il difetto

Si comprende così come, in questo senso, un diritto d'agire spetti non soltanto all'attore (cioè a colui che per il primo pro-

---

di concepire l'azione sempre legata al diritto subiettivo, sia che ne costituisca una *qualità* (nel quale caso l'azione sarebbe il diritto materiale *più* l'interesse ad agire), sia che costituisca un diritto mezzo per la sua tutela ed attuazione. Ma che cosa è allora *l'interesse ad agire* in una concezione dell'azione come un diritto autonomo, indipendente dal diritto materiale? Esso non è altro che l'*elemento sostanziale* del diritto d'azione, è quell'interesse, che tutelato giuridicamente dal diritto processuale obiettivo, costituisce il diritto d'azione. E noi abbiamo veduto come tale interesse sia appunto l'*interesse* all'accertamento da parte dello Stato della tutela giuridica spettante a un determinato interesse, e alla realizzazione dell'interesse, la cui tutela giuridica sia certa. L'interesse ad agire è dunque l'interesse *secondario* ed *astratto*, di cui abbiamo a lungo parlato, in quanto nei singoli casi viene riferito a un determinato interesse concreto. Quest'ultimo può essere così un interesse *materiale o primario,* come, alla sua volta, un interesse *processuale* o *secondario*: ma sempre è necessario che un tal riferimento vi sia: questo e non altro, vuol dire l'art. 36 C. p. c. Ed è perfettamente logico, che nei singoli casi, si richieda il riferimento dell'interesse astratto e secondario, che forma l'elemento sostanziale del diritto d'azione a un determinato interesse concreto, perchè quell'interesse astratto non è praticamente concepibile, appunto se non riferito a un determinato interesse concreto. È superfluo qui avvertire che può funzionare da interesse concreto o primario, un interesse processuale, cioè alla sua volta secondario, rispetto ad altri interessi. Il decidere poi, nei singoli casi, quando esiste l'interesse secondario, di cui parliamo, e perciò, quando vi è diritto di azione, è questione di fatto, che va risoluta dal giudice caso per caso (giustamente perciò **Wach**, *Feststellungsanspruch*, pag. 51, osserva che in questa materia l'arbitrio del giudice ha un vasto campo d'azione). Come criterio generale può darsi questo: esiste l'interesse secondario all'accertamento della tutela spettante a un determinato interesse, o alla realizzazione di un determinato interesse, la cui tutela sia certa, quando tale accertamento o tale realizzazione producano una *utilità attuale* per il titolare di esso: l'utilità quindi va riferita all'*effetto* dell'atto giurisdizionale richiesto (bene in questo senso **Mortara**, *Commentario,* II, pag. 558). Questo interesse non è — come si afferma in Germania — un *presupposto della tutela giuridica* o un *presupposto dell'azione,* vale a dire una condizione per ottenere una *sentenza favorevole* (così **Helwigg**, *Lehrbuch,* pag. 161, e *Klagrecht und Klagmöglichkeit,* pagg. 71 e segg.; — **Stein,** *Voraussetzungen,* pag. 15), ma una condizione per ottenere *una sentenza intorno al rapporto, di cui si domanda l'accertamento.* Se infatti il diritto di azione (nel processo di accertamento) è diritto *alla sentenza*, l'esistenza di un suo *elemento,* cioè l'interesse ad agire, non può essere che una condizione *per ottenere la sentenza.* Ciò che si deve notare è invece che, se la mancanza di interesse ad ottenere l'accertamento di un *dato rapporto,* impedisce al giudice di *pronunziare su quel rapporto,* e se quindi chi non ha interesse all'accerta-

muove l'attività giurisdizionale per l'accertamento di un rapporto incerto) ma anche al convenuto. Anche questi ha *diritto* di pretendere

---

mento di un dato rapporto materiale, non può ottenere una sentenza *sul merito*, non si può negare *a chiunque* un interesse ad ottenere una sentenza su questa questione: se egli abbia interesse all'accertamento di un dato rapporto materiale. *Chiunque* perciò ha diritto di ottenere una sentenza che accerti se esiste o non esiste in lui l'interesse all'accertamento di un dato rapporto materiale. Come ciò sia, si capisce. Il diritto d'azione, come diritto astratto e generale di ottenere dagli organi giurisdizionali l'accertamento della tutela giuridica spettante a un determinato interesse, comprende la possibilità di ottenere tale accertamento rispetto a tutti gli svariati interessi in astratto tutelati: a patto però che si dimostri che il subietto ha interesse a questo accertamento. Per tutti questi diversi interessi, materiali e processuali, l'interesse all'accertamento della tutela loro spettante deve essere dimostrato da chi domanda l'accertamento: il solo interesse, rispetto a cui tale dimostrazione non è necessaria, perchè evidente ed insita *in re ipsa*, è quello di ottenere una sentenza che accerti l'interesse ad agire nelle singole domande proposte. Ciò, mentre conferma l'opinione espressa nel testo che il diritto d'azione, inteso nel suo significato più ampio ed esatto di diritto *alla prestazione della funzione giurisdizionale da parte dello Stato*, spetta ad ogni subietto di diritto come tale, dimostra che l'interesse ad agire va riferito ai singoli atti giurisdizionali che si chiedono, ognuno dei quali non può essere ottenuto, se non concorre quel particolare interesse, ma ciò non importa, che altri atti giurisdizionali non possano, in questo caso, essere ottenuti. Non solo dunque è inesatto affermare che l'interesse ad agire (o interesse giuridico, come dicono i Tedeschi) è il presupposto di una sentenza favorevole, ma è inesatto anche dire *genericamente* che l'interesse ad agire è condizione per ottenere *una qualunque sentenza*: bisogna invece porre in relazione l'interesse ad agire colla *sentenza richiesta*, e dire che l'*interesse ad ottenere l'accertamento di un dato rapporto* è condizione per ottenere una sentenza *sull'esistenza o non esistenza di questo rapporto*.

L'interesse all'accertamento di un determinato rapporto è evidente, quando colui che vi figura come obbligato ricusi od ometta di tenere quel comportamento a cui, in virtù del rapporto stesso, sarebbe costretto. In questo caso, essendo rimasto insoddisfatto l'interesse, la cui tutela giuridica si tratta di accertare, è chiaro l'interesse del suo titolare a questo accertamento, primo passo (qualche volta anche di per sè solo sufficiente) per ottenere il soddisfacimento desiderato. In questo caso l'accertamento è chiesto *come preparazione all'esecuzione forzata*, e, insieme all'accertamento, è chiesto, in via subordinata, un *ordine di adempimento*, nel caso di accertamento favorevole. Si ha allora un'*azione tendente a condanna* o *azione di prestazione*, come suol dirsi. Per questa azione occorre dunque che chi figura come obbligato abbia omesso di tenere quel contegno a cui, secondo il rapporto allegato, sarebbe stato *attualmente* tenuto.

Ma può darsi anche si abbia interesse all'accertamento di un determinato

dal giudice la prestazione della sua attività per l'accertamento del rapporto (arg. art. 345 Cod. proc. civ.). Anch'egli ha infatti *inte-*

---

rapporto, anche senza che tale accertamento serva di *preparazione all'esecuzione.* Può darsi infatti che il solo *stato d'incertezza* di un rapporto rechi danno ad alcuno, senza che ancora l'obbligato abbia omesso o ricusato di tener quel contegno a cui il rapporto lo obbliga. In questo caso si ha *interesse al solo accertamento*, e l'accertamento, di per sè, soddisfa a questo interesse. Si ha allora un'azione tendente non all'accertamento *come preparazione all'esecuzione forzata*, ma all'accertamento *simpliciter* : si suol parlare allora di un'*azione di accertamento* (meglio però, a nostro avviso, si direbbe: *azione di semplice accertamento*, perchè anche l'azione di prestazione è, principalmente, azione di accertamento: solo che vi è aggiunta, inoltre, la richiesta di un *ordine* di prestazione; se l'azione di prestazione o di condanna tende all'*accertamento, per uno scopo ulteriore*, ciò non toglie che essa tenda *anche* all'accertamento). Come nell'azione in genere, così nell'azione di semplice accertamento si fa valere una pretesa *verso lo Stato*, non verso l'avversario: anzi ciò è anche più evidente nell'azione di semplice accertamento, dove è chiaro che nulla si pretende dall'avversario, non esistendo un obbligo generale al riconoscimento espresso dei diritti altrui (donde la vanità di tutti i tentativi di costruire l'azione di semplice accertamento sulla base di una pretesa verso l'avversario, sui quali v. **Chiovenda**, *L'azione*, pagg. 90 e segg., in nota). La pretesa che si fa valere verso lo Stato nell'azione di semplice accertamento è quella pura e semplice dell'accertamento di un rapporto o di uno stato giuridico. L'atto, con cui lo Stato soddisfa a questa pretesa, è la *sentenza, nel suo tipo più genuino*, ossia un atto che è, *soltanto ed unicamente*, una sentenza (sentenza di puro accertamento). La necessità del contradittorio anche nel processo di semplice accertamento (su cui insiste, ad es., **Plósz**, *Beiträge*, pag. 162) non implica che l'azione di accertamento contenga la pretesa di una qualche cosa dall'avversario (come del resto neppure contiene una pretesa verso l'avversario l'azione di prestazione); ma dipende soltanto da ciò che lo Stato, per meglio esercitare la sua funzione di accertamento del diritto, vuole la partecipazione al giudizio di chi potrebbe avere interesse ad un accertamento negativo. La necessità di questa partecipazione esiste in ogni processo (principio del *contradittorio*): la differenza tra il caso di un'azione di puro accertamento e quello di un'azione di prestazione sta in ciò, che in quest'ultimo la persona del contradittore è individuata naturalmente in colui, contro il quale si richiede l'ordine di prestazione; mentre nel primo la individuazione è meno evidente; genericamente può dirsi che la persona del contradittore si determina in colui che ha il *massimo interesse all'accertamento negativo* (applicazione alle questioni di stato in **Coviello**, *Dei giudicati di stato*, in *Archivio giuridico*, XLVII (1891), pag. 176): spesso, è la legge stessa che espressamente determina il contradittore (es.: articolo 161, 167, 168, 177, 178 Cod. civ., sui quali v. **Coppa-Zuccari**, *Le azioni di filiazione legittima*, Padova, 1902, pag. 199).

Ma quando può dirsi che vi sia interesse al *semplice accertamento* di un rap-

*resse* a che sia accertato quel rapporto: dall'esistenza o non esistenza del rapporto in questione, dipende l'esistenza o non esistenza di un *vincolo* alla sua libertà, dipende perciò la delimitazione esatta della portata concreta del suo *diritto di libertà*. L'esistenza di un suo interesse *astratto* e *secondario*, bisognevole di tutela, non è dunque da porsi in contestazione; egli l'ha al pari dell'attore, ed al pari che nell'attore deve essere ed è in lui tutelato: diverso in lui e nell'attore è soltanto l'interesse concreto, a cui esso si riferisce (nell'attore il diritto speciale affermato, nel convenuto il diritto di libertà). Ma questo interesse concreto costituisce lo *scopo remoto* dell'azione, che non viene preso in considerazione dal diritto processuale, mentre l'interesse astratto e secondario, che ne è lo *scopo prossimo*, è comune all'attore e al convenuto.

**40.** Da quanto si è detto risultano chiare le differenze tra la nostra concezione e quella di altri scrittori, che più o meno apertamente considerano l'azione come un diritto astratto, spettante ad ogni subietto di diritti *come tale*, e non ai subietti di determinati diritti materiali. Noi ci discostiamo dai fondatori della dottrina del diritto astratto di agire, DEGENKOLB e PLÓSZ, in quanto non concepiamo, al pari di essi, l'azione come un diritto *verso il*

---

porto o di uno stato giuridico? Criterî generali non sono facili a darsi in questa materia in cui molto — come dicemmo — deve essere rimesso all'apprezzamento del giudice (cfr. **Chiovenda**, *L'azione*, pag. 89, in nota): si può dire soltanto che ha interesse al semplice accertamento di un rapporto chi *dalla sola incertezza del diritto* riceve un danno (cfr. **Weismann**, *Feststellungsklage*, pag. 159): quindi l'interesse nell'azione di puro accertamento deve essere tale, che col *semplice accertamento* venga soddisfatto (**Wach**, *Feststellungsanspruch*, pag. 54). — V. su ciò anche: **Schmidt**, *Lehrbuch*, pag. 691; — **Weismann**, *Lehrbuch*, pagg. 59-60; — **Chiovenda**, *L'azione*, pagg. 87-88, in nota). Nell'azione di puro accertamento negativo, che in sostanza spiega il convenuto difendendosi, l'interesse è dato dal fatto solo della domanda dell'attore: cfr. **Chiovenda**, *L'azione*, pag. 75; — **Helwigg**, *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, pagg. 48-49. — Sulla esistenza poi delle azioni di semplice accertamento nel diritto italiano, v. **Mortara**, *Commentario*, II, pagg. 567-568; — **Simoncelli**, nel *Foro italiano*, 1902, pagg. 149 e segg.; — **Messina**, *Contributo alla dottrina della confessione*, Sassari, 1902, pag. 62; — **Chiovenda**, *L'azione*, pagg. 75, 80-82 (in nota).

*giudice e verso l'avversario*, verso il primo *alla sentenza*, e verso il secondo alla sua *cooperazione per il conseguimento della sentenza*; ma riteniamo l'azione soltanto un diritto *verso lo Stato*, e per esso verso gli organi della funzione giudiziale (giudici ed altri ufficiali giudiziari). Noi non ammetteremo perciò l'esistenza di *rapporti processuali fra le parti*, ma solo di *rapporti fra le parti e gli organi giurisdizionali*. Gli obblighi processuali delle parti sono obblighi *verso lo Stato, non verso l'altra parte*. Se infatti l'azione è un *diritto subiettivo pubblico*, e i *rapporti processuali* sono rapporti di *diritto pubblico*, come affermano gli stessi DEGENKOLB e PLÓSZ (41), è impossibile che i due termini del rapporto siano *due privati*. Un diritto di *un privato verso un privato*, un rapporto giuridico *tra privati*, non sono, per ciò solo, nè *un diritto pubblico* nè un *rapporto di diritto pubblico*; il diritto pubblico presuppone sempre lo Stato o come titolare del diritto, o come subietto dell'obbligo; un rapporto di diritto pubblico non può intercedere fra privati, ma solo fra un *privato e lo Stato* (42). Anche ci allonta-

---

(41) **Degenkolb**, *Einlassungszwang*, pag. 33; — **Plósz**, *Beiträge*, pag. 15.

(42) Il concetto, che l'azione sia un diritto *contro l'avversario*, concetto ovvio a prima vista, ha la sua ragion d'essere nel fatto, che, in realtà, lo scopo dell'attore è quello di provocare l'attività giurisdizionale dello Stato *contro l'avversario*. Ma ciò significa soltanto che dall'esercizio di questo diritto derivano indirettamente effetti anche nella persona dell'avversario, non già che vi sia un *rapporto giuridico processuale* tra l'attore e il convenuto. Un diritto non si ha *contro* qualcuno, ma *verso* qualcuno, giacchè il diritto è appunto la facoltà di pretendere da alcuno un determinato comportamento: ma l'attore non ha verso il convenuto nessuna facoltà di pretendere da lui un determinato comportamento *nel processo*. Il concetto qui esposto trova una conferma nell'uso comune del linguaggio: quando si parla dell'azione, con riferimento all'avversario, non si parla mai di un *diritto di azione*, ma di *azione* semplicemente; non si dice: esercitare il diritto d'azione verso qualcuno, ma: *agire* contro qualcuno; ciò significa che all'avversario non si riferisce il *diritto* di azione, ma il *fatto dell'agire*: e giustamente, perchè è il fatto dell'agire, cioè l'esercizio del diritto d'azione verso lo Stato, che si ripercuote nell'avversario. Si osservi a questo proposito anche il significato generico della parola " azione ": diritto di azione non è che " diritto di agire ", ossia *diritto* semplicemente (ogni diritto è diritto di agire). L'azione è, dunque, il " diritto " per eccellenza, ossia il diritto generale ed astratto di render reali e concreti tutti i diritti.

niamo dal Degenkolb quanto alla necessità da lui affermata, di un certo stato d'animo nel titolare del diritto di azione (buona fede): poichè noi vediamo che *chiunque* può provocare l'attività degli organi giurisdizionali, senza il concorso di nessuna condizione preliminare, dobbiamo concluderne, che nessuna speciale condizione, obiettiva o subiettiva è necessaria per ottenere dagli organi giurisdizionali l'accertamento di un rapporto processuale o materiale incerto o la realizzazione forzata di un interesse, la cui tutela sia accertata. L'abolizione del *iuramentum calumniae* e delle pene contro il litigante di mala fede, dimostra che oggi, anche questi, ha diritto di agire (43).

Per un altro verso la nostra concezione si allontana da quella del Mortara. Anche questo scrittore assume, a nostro avviso, correttamente, come punto di partenza, la indipendenza del *diritto di azione* dal diritto subiettivo materiale, per quanto non tralasci di mettere in rilievo i nessi che intercedono tra l'uno e l'altro (44): anch'egli fa intendere, se pur non afferma esplicitamente, che l'azione spetta ad ogni soggetto giuridico, in quanto la sua volontà venga in contrasto con quella di un altro soggetto (45), concetti nei quali in massima conveniamo, come più sopra si è veduto. Dove invece non ci sembra di poter consentire coll'insigne autore, è nella sua concezione del processo e del rapporto processuale come " mezzo col quale un diritto subiettivo viene costituito e garantito coercitivamente (46). Che il diritto subiettivo " ha per condizione di vita l'incontro e l'accordo di due volontà ": che " il diritto subiettivo non è una facoltà sanzionata soltanto dalla legge, ma per essere riconosciuto e proclamato ha bisogno di un'altra sanzione, quella della volontà del soggetto o dei soggetti, che potrebbero avere interesse a contrastarlo ", e quindi che " finchè il giudizio

---

(43) Così giustamente **Chiovenda,** *L'azione*, pag. 57, nota 40.

(44) Il che non si è mancato di fare più volte anche nel presente scritto. Cfr. sopra, specialmente num. 4 e 32.

(45) **Mortara,** *Commentario*, II, pagg. 535 e 538. Circa il concetto che l'esercizio di un'azione presupponga un *contrasto di volontà*, v. le riserve da noi fatto, sopra, Cap. I, alla nota 11.

(46) **Mortara,** *Commentario*, II, pag. 542.

è pendente stanno a fronte due pretese „ nessuna delle quali è diritto, ma di cui “ lo diverrà quella che otterrà la vittoria finale (47) „ non si può assolutamente ammettere, senza ammettere anche, che il concetto di diritto subiettivo *non è un concetto giuridico*, che il diritto subiettivo non consiste già nella *tutela* concessa dal diritto obiettivo *per il soddisfacimento di un dato interesse*, ma nel già *avvenuto soddisfacimento di questo interesse.* Ciò equivale appunto ad affermare che non esiste il rapporto giuridico come tale, ma solo il *rapporto di fatto*. Per noi dunque, l'azione non è mezzo per *la costituzione* di un rapporto giuridico, ma per *l'accertamento* di un rapporto incerto o per la realizzazione di un *rapporto* accertato (o meglio, per la realizzazione di un interesse, la cui tutela giuridica sia accertata). Neppure possiamo convenire col Mortara, in quanto egli assume come momento caratteristico dell'azione la *opinione di possedere un diritto materiale che sia stato violato* (48). Per noi invece basta *un interesse all'accertamento o all'esecuzione forzata*, per formare il contenuto sostanziale del diritto di azione. L'elemento subiettivo qui entra, ma come entra in ogni *interesse*, cioè non come *opinione* o *credenza* (ossia come manifestazione dell'attività *teoretica*) ma come *volontà* (ossia come manifestazione dell' attività *pratica* della mente). Perchè un *quid* diventi *interesse* di un determinato subietto è necessario che sia perseguito dalla sua *volontà*, non giudicato dalla sua *intelligenza.* Nè poi è necessario che vi sia affermazione della *violazione di un diritto*, potendosi dare azione anche senza quando nessuna violazione di diritto sia allegata (così nelle *azioni di semplice accertamento*) (49).

**41.** Il diritto di azione, considerato nel suo complesso, comprende una quantità di *facoltà*, riconosciute e disciplinate dal diritto processuale obiettivo, le quali si possono raggruppare in due categorie:

---

(47) **Mortara,** *Commentario,* II, pagg. 540, 543, 547; v. anche pag. 539.
(48) **Mortara,** *Commentario,* II, pagg. 535 e 561.
(49) V. sopra, nota 40.

*a)* facoltà di ottenere dal giudice l'accertamento di rapporti di diritto materiale e processuale incerti;

*b)* facoltà di ottenere dal giudice e dagli altri organi della giurisdizione (in ispecie, uscieri) atti di natura esecutiva per la preparazione dell'accertamento e per la realizzazione degli interessi processuali e materiali, la cui tutela appaia come accertata.

Noi concepiamo dunque il diritto d'azione come comprendente tutte le facoltà che spettano alle parti nel processo e *l'esercizio* di quel diritto come comprendente tutti gli atti processuali delle parti (50). E poichè l'azione è ad un tempo *diritto alla sentenza e diritto ad atti esecutivi* (definitivi e provvisorî) anche gli atti processuali delle parti, che ne costituiscono l'esercizio, sono: atti con cui si ottiene la sentenza, e atti con cui si ottengono provvedimenti esecutivi.

**42.** Determinato così il concetto di azione, ci sarà più facile stabilire i rapporti tra azione e sentenza.

Abbiamo osservato più volte, che il diritto obiettivo non solo riconosce efficacia alla volontà individuale per l'esercizio della funzione giurisdizionale civile da parte dello Stato, ma fa *dipendere*, almeno di regola, interamente dalla volontà individuale questo esercizio. Ciò significa non solo che lo Stato *deve* prestare la sua attività giurisdizionale, quando ne viene richiesto dal singolo, ma che esso *non può* esercitarla quando non ne viene richiesto. Donde le massime: *nemo iudex sine actore*, e *ne procedat iudex ex officio*

---

(50) Da ciò risulta quale funzione deve assegnarsi all'azione di fronte al processo. L'azione non è il processo (così invece **Mortara**, *Commentario*, II, pag. 536). L'azione è il diritto di provocare dallo Stato l'esercizio della funzione giurisdizionale, e quindi di iniziare il processo. Ma i nessi tra azione e processo sono molti e stretti. Non solo l'esercizio dell'azione è condizione per l'inizio del processo, ma gli atti, in cui consiste quell'esercizio, sono atti processuali, fanno cioè, alla loro volta, parte del processo, come *condizione* perchè vengano posti in essere gli atti processuali degli organi giurisdizionali. Il processo essendo dunque l'insieme degli atti degli organi giurisdizionali, e degli atti delle parti che costituicono esercizio del diritto di azione, l'azione è certo parte importante del processo, perchè comprende tutta l'attività delle parti nel processo, ma non è l'intero processo.

(art. 35 Cod. proc. civ.). Il quale principio non vale soltanto per il *primo atto* con cui si esercita il diritto d'azione: ma per tutta la serie degli atti, mediante i quali questo diritto si esplica attraverso tutto il processo. La regola è dunque che *nessun* atto giurisdizionale può essere emanato, senza un'apposita domanda: regola che soffre qualche eccezione, in casi espressamente determinati dalla legge (51).

Anche la sentenza perciò non soltanto *deve* essere pronunciata, quando le parti lo richiedano, nelle forme e condizioni volute dalla legge, ma *non può*, di regola, essere pronunciata, se non sia intervenuta una richiesta delle parti, col concorso di quelle forme e condizioni. Il diritto alla sentenza non si matura per le parti colla semplice *domanda giudiziale*. Come atto di parte, la così detta domanda giudiziale non è che una *richiesta*, rivolta all'ufficiale giudiziario a ciò destinato, perchè ordini la comparizione dell'altra parte davanti al magistrato per l'accertamento di un determinato rapporto materiale o processuale: ancora altra attività deve spiegare la parte per acquistare il diritto alla sentenza, fino all'ultimo atto, cioè la lettura e la presentazione all'udienza della comparsa, che riassume la controversia sottoposta all'esame del giudice (art. 350 Cod. proc. civ. e 10 della legge 31 marzo 1901).

Alla facoltà adunque, compresa nel diritto d'azione, di ottenere dallo Stato l'accertamento di ciò che è diritto nei casi concreti, corrisponde l'obbligo, compreso nel dovere generico dello Stato di prestare la tutela giuridica processuale, di fare tale accertamento: la sentenza è l'atto con cui lo Stato adempie a questo suo obbligo. Ma, come vi è corrispondenza perfetta tra quella facoltà e questo obbligo, così deve esservi corrispondenza tra gli atti, in cui quella facoltà si esplica, e l'atto, con cui questo obbligo si adempie. È dunque principio generale che la *sentenza deve corrispondere all'azione*. Questo principio si esplica in una duplice direzione. Esso importa:

*a)* che il giudice debba pronunciare *su tutto ciò* che viene

---

(51) V. sopra Cap. III, nota 2 (pag. 79).

domandato, e *solo su ciò* che viene domandato: ossia su *tutte* le questioni sottopostegli e *solo* su queste;

*b)* che il giudice debba pronunciare *in base a tutti* gli elementi di fatto portati in appoggio delle pretese fatte valere dalle parti nelle loro domande, e *solo in base* a questi elementi. La regola dunque: *ne eat iudex ultra petita partium*, in cui si suole formularlo, non esaurisce tutto il principio della *corrispondenza tra azione e sentenza*, che ha una portata assai più ampia.

Esaminiamo questo principio nelle sue due applicazioni.

**43.** *A)* Il principio della correlazione tra *l'oggetto* dell'azione e *l'oggetto* della sentenza si risolve nel doppio obbligo del giudice: di pronunciare su *tutte* le domande delle parti, e *solo* sulle domande delle parti. Diciamo qualche cosa dell'uno e dell'altro.

*a)* La regola che il giudice ha l'obbligo di pronunciare *su tutto* ciò che viene domandato è legislativamente consacrata dall'art. 517, nº 6, Cod. proc. civ. (v. anche art. 360, nº 7), ma discende direttamente dall'obbligo del giudice di pronunciare in merito, sulle domande delle parti. Una pronuncia parziale non è che adempimento *parziale* di quest'obbligo, e implica perciò un *parziale inadempimento*.

L'obbligo del giudice di pronunziare presuppone una *domanda* della parte. Ma quando si ha una *domanda*? Domanda è ogni *questione* che la parte sottopone al giudice, ogni punto intorno al quale essa richiede a lui un giudizio logico. Domanda non è dunque solo la questione principale, quella cioè dell'esistenza o non esistenza del rapporto, che si tratta di accertare, domande sono anche le questioni secondarie, che costituiscono le premesse indispensabili per la soluzione della prima, sempre, s'intende, in quanto la loro posizione dipende dalla volontà delle parti. Domande perciò non sono soltanto i punti, su cui l'attore chiede si estenda il giudizio del magistrato, allo scopo di ottenere l'accertamento positivo del rapporto, ma anche quelli, su cui chiede una pronuncia il convenuto allo scopo di ottenere un accertamento negativo (52). Cade perciò

(52) Infatti il diritto d'azione spetta non solo all'attore, ma anche al convenuto, per l'accertamento negativo del rapporto, e perciò anche il convenuto ha diritto di fare domande ed eccezioni a questo scopo. V. sopra, nota 40.

nel vizio di omessa pronuncia non solo la sentenza che non provvede sulla domanda dell'attore, ma anche quella che omette di pronunciare sulle eccezioni del convenuto (53).

Da quanto si è detto deriva che non sono domande le così dette *riserve di diritti*, che le parti fanno talora nelle loro conclusioni e su cui chiedono talvolta anche una pronuncia del giudice. La riserva su un determinato diritto implica la volontà della parte di *non sottoporre* attualmente all'esame del magistrato la questione dell'accertamento di quel diritto: in genere la riserva mira a delimitare il campo della controversia per meglio chiarire la portata della domanda. La riserva adunque non è una domanda: è invece una espressa dichiarazione che su un punto non si intende presentare una domanda. Ciò posto, è chiaro che il giudice *potrà dar atto* della riserva, ma non è affatto *obbligato* a pronunciarsi su una domanda che non vien fatta, anzi che si dichiara di *non voler* fare (54).

La domanda contiene una *dichiarazione di volontà della parte*: della volontà cioè che il giudice pronunzi sul punto sottopostogli; non sono perciò vere domande, che ingenerino l'obbligo pel magistrato di pronunciare in merito, quelle in cui la parte si rimette all'arbitrio del giudice, chiedendogli una pronunzia sul punto, " ove sia d'uopo ", " ove lo creda opportuno (55) ". Per la stessa ra-

(53) Cfr. Cass. Napoli, 13 dicembre 1898, *Foro it.*, repertorio 1898, voce *sentenza civile* n. 88 — Cass. Roma, 27 novembre 1898, *Corte suprema*, 1898, II, 367 — Cass. Roma, 22 febbraio 1899, *Corte suprema*, 1899, II, 57 — Cass. Roma, 6 luglio 1899, *Corte suprema*, 1899, II, 145 — Cass. Palermo, 22 luglio 1899, *Foro siciliano*, 1899, 519 — Cass. Firenze, 2 dicembre 1901, *Temi*, 1902, 3.

(54) In questo senso la giurisprudenza di gran lunga prevalente: v. Cassazione Palermo, 30 novembre 1890, *Foro catanese*, 1891, 52 — Cass. Torino, 30 agosto 1893, *La Giurisprudenza* di Torino, 1893, 658 — App. Trani, 22 giugno 1894, *Rivista giuridica* di Trani, 1894, 228 — Cass. Torino 24 marzo 1898, *La Giurisprudenza*, 1898, 603 — Cass. Torino, 24 febbraio 1900, *La Giurisprudenza*, 1900, 337 — Cass. Napoli, 12 marzo 1901, *Annali della giurisprudenza italiana*, 1901, 152. Contr. Cass. Roma, 16 giugno 1891, *Corte suprema*, 1891, II, 230.

(55) Cass. Firenze, 29 marzo 1897, *Temi veneta*, 1897, 439 — Cass. Torino, 22 aprile 1899, *La Giurisprudenza*, 1899, 937 — Cass. Roma, 7 febbraio 1903, *Corte suprema*, 1903, II, 89.

gione non sono da confondersi colle domande le *argomentazioni* portate dalle parti a sostegno del loro assunto, sulle quali il giudice non ha obbligo di *pronunciare* (56): se abbia l'obbligo di *prenderle in considerazione*, nei suoi ragionamenti, ed entro quali limiti, vedremo in seguito.

Le domande debbono essere presentate al giudice in una *forma* determinata. Nel procedimento ordinario davanti ai tribunali e alle Corti d'appello, disciplinato dalla legge 31 marzo 1901 e dal Regolamento 31 agosto 1901, le domande debbono essere contenute nelle *comparse* (conclusionali ed aggiunte) che le parti debbono reciprocamente comunicarsi e depositare presso il cancelliere, insieme cogli altri atti e documenti (art. 8, 5 e 10 della legge 31 marzo 1901); nel procedimento davanti ai pretori, devono essere esposte all'udienza, verbalmente o per iscritto (art. 415, 416 Cod. proc. civ.); in quello davanti ai conciliatori, verbalmente, pure all'udienza (art. 448 Cod. proc. civ.). In quanto le domande sono contenute in *comparse* scritte, si chiamano *conclusioni*; e, dove la comparsa è obbligatoria, il giudice non è tenuto a prendere in considerazione le domande non contenute nelle comparse (art. 517, n. 6, Codice proc. civ.) (57). Le domande debbono, inoltre, essere formulate in

---

(56) Cfr. Cass. Napoli, 22 febbraio 1902, *Corte delle Puglie*, 1902, 73.

(57) Cass. Torino, 31 dicembre 1894, *Giur. it.*, 1895, 163 — Cass. Palermo, 1° febbraio 1898, *Foro sic.*, 1898, 209 — Cass. Torino, 5 luglio 1898, *La Giurisprudenza*, 1898, 1126 — App. Catanzaro: 10 agosto 1900, *Foro italiano*, repertorio 1900, voce *sentenza civile*, n. 81 — Cass. Napoli, 28 maggio 1902, *Corte delle Puglie*, 1902, 149. Cfr. anche Cass. Roma, 16 marzo 1896, *Corte suprema*, 1896, II, 204, a proposito del giudizio d'appello: “ L'appellato che, colla comparsa conclusionale chiede, contro il gravame proposto dall'appellante, la conferma della sentenza appellata, senza neppure riprodurre la domanda subordinata di primo grado, non può dolersi in Cassazione di omessa motivazione e pronunzia su tale domanda, dovendo questa ritenersi abbandonata „. Nello stesso senso Cass. Napoli, 18 marzo 1898, *Foro italiano*, repertorio 1898, voce *sentenza civile*, n. 89. Contro, la stessa Cass. Roma, 4 febbraio 1896, *Corte suprema*, 1896, II, 74, ma a torto, perchè, fra l'altro, l'appellato il quale chiede semplicemente il rigetto dell'appello senza riprodurre tutte le domande di primo grado, anche quelle subordinate, non esaminate nel primo giudizio, esprime in modo tutt'altro che univoco le sue volontà di riproporre quelle domande. Qui dunque non si avrebbe neppure una domanda *implicita*.

una dichiarazione di volontà *espressa* e *determinata*. Questo principio si desume anzitutto dall'art. 517, n. 6, il quale, per l'esistenza del vizio di omessa pronunzia, richiede che il giudice abbia tralasciato di decidere " sopra alcuno dei capi della domanda dedotti per conclusione speciale „. Ma lo stesso principio è riconosciuto implicitamente altresì negli art. 5, 8 e 10 della legge 31 marzo 1901; 176 e 350 Cod. proc. civ., i quali, prescrivendo la presentazione e la lettura delle *conclusioni*, fanno intendere che le domande debbono essere formulate in modo *espresso* e *determinato*. Da ciò deriva:

*a)* che non sono ammesse domande o conclusioni *implicite*; vale a dire, domande, a cui si sia accennato nei *motivi* della comparsa, ma non espressamente riprodotte nelle conclusioni (58), o domande proposte in modo indiretto (per es.: mediante la presentazione di un capitolo di prova testimoniale, che presupponga una determinata domanda) (59);

*b)* che non sono ammesse domande e conclusioni *generiche*, ma solo conclusioni *specifiche* e *precise* (60).

Quando questi requisiti di sostanza e di forma concorrono, sorge l'*obbligo* del giudice di pronunciare: obbligo a cui egli per nessun

---

(58) Cfr. App. Trani, 26 giugno 1891, *Riv. giur.* di Trani, 1891, 586 — App. Venezia, 5 marzo 1891, *Gazzetta del Procuratore*, XXIV, 330 — Cassazione Torino, 6 giugno 1891, *La Giurisprudenza*, 1891, 453 — Cass. Firenze, 1° aprile 1895, *Temi veneta*, 1895, 244 — Cass. Napoli, 13 novembre 1897 (Caracciolo c. Di Stati), *Movimento giuridico*, 1897, 411 — Cass. Napoli, 13 novembre 1897 (Dattilo c. De Salvi), *Movimento giuridico*, 1897, 414 — Cass. Torino, 15 aprile 1898, *La Giurisprudenza*, 1898, 775 — Cass. Palermo, 26 novembre 1898, *Monitore dei tribunali*, 1899, 686. Contr. Cass. Torino, 25 settembre 1890, *La Giurisprudenza*, 1890, 697 — Cass. Palermo, 2 giugno 1896, *Foro siciliano*, 1896, 392.

(59) Cfr. Cass. Firenze, 31 marzo 1898, *Temi veneta*, 1898, 281.

(60) Cass. Roma, 7 marzo 1891, *Corte Suprema*, 1891, II, 102 — Cass. Napoli, 22 aprile 1891, *Movimento giuridico*, 1891, 47 — Cass. Torino, 29 dicembre 1891, *La Giurisprudenza*, 1892, 119 — Cass. Firenze, 26 giugno 1893, *Temi veneta*, 1893, 490 — Cass. Firenze, 22 maggio 1893, *Temi veneta*, 1893, 378 — Cass. Roma, 24 marzo 1896, *La Giurisprudenza*, 1896, 443 — Cass. Firenze, 29 dicembre 1902, *Temi*, 1903, 174 — Cass. Palermo, 13 dicembre 1902, *Foro siciliano*, 1903, 14.

motivo può sottrarsi, nè per l'infondatezza, sia pure evidente, nè per la irrilevanza della domanda: l'una e l'altra possono essere motivi per *respingerla*, non già per *non esaminarla* (61). Ma come dovrà comportarsi il giudice quando nessuna delle parti abbia provato il suo assunto ed egli non abbia potuto formarsi una convinzione sulla esistenza o non esistenza del rapporto, che si tratta di accertare? In questo caso si sostiene da qualcuno, che il giudice può esimersi dal decidere, pronunciando una sentenza, con cui si ordinano nuovi mezzi istruttori (62), o, anche, una sentenza di assoluzione del convenuto *pro nunc* (assoluzione dall'osservanza del giudizio, allo *stato degli atti*) (63). Non possiamo consentire in questa opinione. Il giudice che, invece di pronunziare sugli elementi offerti dalle parti, dichiara di non poter pronunziare, e ordina nuove prove, all'infuori dei casi previsti dalla legge, viola il principio di disposizione delle parti, che è la regola nel nostro processo civile. I casi, in cui il giudice può *d'ufficio* ordinare nuove prove, sono enumerati tassativamente dalla legge: e sono quelli degli art. 1374, 1375 Cod. civ., 228 Cod. proc. civ. (*giuramento*, quando concorrano le condizioni di cui all'art. 1375); 260 Cod. proc. civ. (*perizia*); 271 (*accesso*); 401 (*comparizione personale delle parti*). Ma qui si arresta il principio della officialità nella preparazione delle prove: all'infuori di questi casi il giudice deve pronunciare *secundum alligata et probata* (v. più oltre, n. 45), appunto perchè nel processo civile, in omaggio al principio: *ne procedat iudex ex officio*, la preparazione del materiale processuale è affidata, di re-

---

(61) In questo senso: Cass. Torino, 13 giugno 1899, *Gazzetta giudiziaria italiana*, 1899, 203 — Cass. Palermo, 7 agosto 1900, *Legge*, 1900, II, 658 — Cass. Firenze, 2 dicembre 1901, *Temi*, 1902, 3. Non mancano però decisioni in senso contrario: v. Cass. Palermo 30 marzo 1897, *Foro siciliano*, 1897, 299 — Cass. Torino, 15 marzo 1898, *La Giurisprudenza*, 1898, 682 — Cassazione Torino, 6 agosto 1900, *La Giurisprudenza*, 1900, 1083.

(62) **Pescatore,** *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, Torino, 1864, I, pag. 72; — **Mattirolo,** *Trattato*, V^a ediz., III, pagg. 381-382, IV, pagg. 20-21 e giurispr. ivi citata.

(63) Cass. Roma, 10 gennaio 1887, *Legge*, 1887, I, 397 — Cass. Firenze, 2 marzo 1891, *Temi veneta*, 1891, 173 — Cass. Roma, 16 luglio 1890, *Corte suprema*, 1890, 793 — Cass. Torino, 24 febbraio 1893, *La Giurisprudenza*, 1893, 376 — Cass. Torino, 6 giugno 1902, *La Giurisprudenza*, 1902, 1118.

gola, alle parti (64). Per questa stessa ragione non è ammissibile che il giudice pronunci una decisione *provvisoria*, assolvendo il convenuto *pro nunc*. Il giudice non deve preoccuparsi degli elementi che non ha sott'occhio, ma che *potrebbe avere*: " quod non est in actis non est in mundo ". Esso non deve quindi emettere una pronuncia, in cui questi elementi non acquisiti al processo, siano presi in considerazione in un modo qualunque: il che evidentemente avviene, quando il magistrato, invece di assolvere il convenuto *simpliciter*, lo assolve *allo stato degli atti*. Dalla correlazione di questo principio, coll'altro fondamentale in materia di prove: *actore non probante reus absolvitur*, deriva dunque che il magistrato non può *non assolvere* il convenuto quando le prove proposte dall'attore siano insufficienti, e che quindi, non soltanto egli non può sospendere la decisione, ordinando nuovi incombenti, nei casi in cui la legge a ciò non lo autorizza espressamente, ma non può neppure emettere una pronuncia provvisoria (65).

A differenza delle domande delle parti, la pronuncia del giudice può essere *implicita* e *generica*, sempre però che sia possibile la sua determinazione e la ricostruzione del pensiero del magistrato.

---

(64) È questa la così detta *Verhandlungsmaxime*, in contrapposto alla *Untersuchungsmaxime*. Cfr. su ciò: **Stein,** *Das private Wissen des Richters*. Leipzig, 1893, pag. 87; — **Planck,** *Lehrbuch*, I, pag. 198; — **Schmidt,** *Lehrbuch*, pag. 339 e segg.; — **Weismann,** *Lehrbuch*, pagg. 6, 15, 45 e 214; **Kleinfeller,** *Lehrbuch*, pag. 179 e segg.

(65) In questo senso: **Mortara,** *Appello civile*, nel *Digesto italiano*, n. 449 e segg., e *Manuale della procedura civile*, IV[a] ediz., Torino, 1903, I, pag. 434; — **Lessona,** *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano* (II[a] ediz.), I, (Firenze, 1904), n. 124; — **Foligno,** *L'assoluzione dall'osservanza del giudizio*, Firenze, 1903, e nella giurisprudenza, Cass. Firenze, 23 dicembre 1895, *Temi veneta*, 1896, 56 — Cass. Palermo, 16 giugno 1900, *Foro siciliano*, 1900, 351 — Cass. Palermo, 10 giugno 1902, *Foro siciliano*, 1902, 330. Il **Mattirolo,** il quale pure ammette la legittimità di una sentenza che " manda a maturare gli incombenti ", nega la legittimità di una sentenza di *assoluzione allo stato degli atti* (*Trattato*, III, pagg. 382-383): eppure la situazione è identica in ambedue casi. Sul principio: *actore non probante reus absolvitur*, che basta ad escludere la possibilità di una pronuncia di *non liquet*, v., con particolare riguardo al diritto penale, **Rocco** (Arturo), *Concetto, specie e valore della sentenza penale definitiva*, pag. 16 e segg., in nota, e, per la storia, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, Modena, I, 1900, pagg. 52, 184 e 185.

La legge prescrive infatti che la sentenza debba contenere *il dispositivo* (art. 360, n° 7, Cod. proc. civ.), ma non prescrive alcuna forma speciale in cui esso debba essere espresso, come fa invece per le domande (art. 517, n° 6). Non è dunque necessario che il giudice pronunci *espressamente* su tutte le domande delle parti, quando, dall'insieme della sentenza, rettamente interpretata, risulti abbastanza chiaramente che egli ha *esaminato* e *deciso* il punto taciuto: in questi casi il pensiero del giudice è *indirettamente* manifestato, ma è manifestato. Perciò:

*a)* può il pensiero del giudice sopra una data questione ricostruirsi anche dai *motivi* della sentenza, quando non sia espresso nel *dispositivo* (66);

*b)* può il pensiero del giudice su una questione desumersi soltanto dalla soluzione data ad un'altra questione, che presupponga *necessariamente* esaminata e risolta in modo univoco la prima (67). Altrimenti, non v'è pronuncia implicita, ma omessa pronuncia: così nel caso in cui la sentenza accolga la domanda subordinata, senza esaminare affatto la principale, perchè l'avere *esaminato e deciso* la subordinata, non importa necessariamente che sia stata *esaminata* la principale (68): così, per la stessa ragione, nel

---

(66) Cass. Torino, 10 dicembre 1890, *La Giurisprudenza*, 1891, 8 — Cassazione Firenze, 5 luglio 1894, *Temi veneta*, 1894, 557 — Cass. Palermo 11 agosto 1902, *Legge*, 1902, II, 805 — App. Palermo, 15 marzo 1902, *Foro siciliano*, 1902, 355. Contr. App. Palermo, 21 novembre 1895, *Annali*, 1895, 352.

(67) Cass. Torino, 27 aprile 1893, *La Giurisprudenza*, 1893, 374. " La sentenza d'appello che nel dispositivo pronuncia *ex novo* sulla causa, modificando radicalmente quella di primo grado, senza dichiarare di rivocarla o riformarla, e senza neppure menzionarla, commette una irregolarità, ma non incorre nella nullità per omessa pronuncia „. Cass. Firenze, 25 novembre 1901, *Temi*, 1902, 1. " La pronunzia implicita soddisfa al precetto dell'art. 517, n. 6, Cod. proc. civ., quando costituisca la necessaria conseguenza della pronuncia espressa; e perciò la conferma con unica sentenza di due distinte sentenze interlocutorie, implica necessariamente una tacita pronunzia sulla riunione delle cause chiesta dalle parti „. V. anche, per qualche analogia: Cass. Firenze, 25 maggio 1896, *Temi veneta*, 1896, 380.

(68) Cass. Torino, 8 ottobre 1896, *La Giurisprudenza*, 1896, 725 — Cassazione Torino, 21 luglio 1896, *La Giurisprudenza*, 1896, 748 — Cass. Palermo, 10 marzo 1900, *Foro siciliano*, 1900, 150.

caso in cui il giudice decida la questione di merito, senza discutere la pregiudiziale (69). Può anche il giudice pronunciare *genericamente* su alcune domande, purchè dal contesto della sentenza risulti quali sono le domande a cui la formula generica si riferisce, e risulti altresì che esse sono state esaminate. A ragione perciò la giurisprudenza prevalente ritiene che soddisfi all'obbligo della pronunzia su tutti i punti sottoposti all'esame del giudice, la formula generica: " reietta ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione ", a condizione però, che dalla motivazione della sentenza risulti che le domande così genericamente respinte sono state prese in esame dal magistrato (70). La mancanza di qualunque accenno nella motivazione, alle domande genericamente respinte, non importerebbe solo nella sentenza il vizio di mancata motivazione (71), ma anche quello di omessa pronuncia: giacchè una pronuncia indeterminata e non determinabile cogli elementi offerti dalla stessa sentenza, equivale a pronuncia mancata.

È ancora da osservare che l'obbligo del giudice di pronunziare sulle domande delle parti presuppone che queste abbiano dichia-

---

(69) Cass. Palermo, 30 dicembre 1897, *Foro siciliano*, 1898, 12 — Cass. Napoli, 3 giugno 1898, *Foro it.*, Repertorio, 1898, voce *sentenza civile*, nº 98 — Cass. Roma, 5 aprile 1893, *Corte suprema*, 1893, 1, 63.

(70) Cass. Firenze, 15 dicembre 1892, *Temi veneta*, 1893, 141 — Cass. Firenze, 12 dicembre 1892, *Temi veneta*, 1893, 143 — Cass. Torino, 28 febbraio 1893, *La Giurisprudenza*, 1893, 394 — Cass. Torino, 2 maggio 1893, *La Giurisprudenza*, 1893, 438 — Cass. Torino, 13 febbraio 1895, *La Giurisprudenza*, 1895, 153 — Cass. Torino, 26 aprile 1895, *Monitore trib.*, 1895, 870 — Cassazione Torino, 17 gennaio 1895, *La Giurisprudenza*, 1895, 103 — Cass. Torino, 21 luglio 1896, *La Giurisprudenza*, 1896, 748 — Cass. Torino, 7 agosto 1897, *La Giurisprudenza*, 1897, 1249 — Cass. Firenze, 28 gennaio 1897, *Temi ven.*, 1897, 169 — Cass. Torino, 22 gennaio 1898, *La Giurisprudenza*, 1898, 267 — Cass. Torino, 24 marzo 1898, *La Giurisprudenza*, 1898, 675 — Cass. Napoli, 5 marzo 1900, *Giur. it.*, 1900, 209 — Cass. Napoli, 18 agosto 1900, *Diritto e giurispr.*, XVI, 564 — Cass. Firenze, 2 maggio 1901, *Annali*, 1901, 189 — Cassazione Torino, 13 aprile 1901, *Temi genovese*, 1901, 259 — Cass. Torino, 22 luglio 1902, *La Giurisprudenza*, 1902, 1342. Nello stesso senso **Mattirolo**, *Trattato*, IV, pagg. 66-67.

(71) Come afferma il **Mattirolo**, *Trattato*, IV. pagg. 66 e 67 in nota e ripetono la Cass. Torino, 23 novembre 1894, *La Giurisprudenza*, 1894, 827, e la Cass. Napoli, 8 giugno 1903, *Rivista pratica*, 1903, 557.

rato di *volere* sottoporre al giudice una data questione. Se perciò venga proposta in via principale una domanda o un'eccezione, e in via subordinata un'altra, *in caso* di rigetto della *prima*, noi qui abbiamo una richiesta *condizionata* di pronuncia, e precisamente, sottoposta alla condizione del *non accoglimento* dell'altra. Ove questa condizione non si verifichi, anzi venga completamente a mancare, per l'accoglimento della domanda principale, la richiesta della pronuncia subordinata rimane come *non presentata*, e il giudice non ha più alcun obbligo di decidere su di essa. Donde la regola: il giudice non ha obbligo di esaminare le domande *subordinate che siano assorbite* dalla principale (72).

*b)* La regola che il giudice deve pronunciare *solo* su ciò che gli è domandato, viene di solito espressa colle massime: " *sententia debet esse conformis libello* „ " *ne eat iudex ultra petita partium* „, ed è sanzionata nell'art. 517, nn. 4 e 5, Cod. proc. civ., per cui è vietato al giudice " di pronunciare su *cosa non domandata* e di aggiudicare *più di quanto fu domandato* „. Questa regola discende anch'essa dal principio che l'esercizio della funzione giurisdizionale è fatto dalla legge dipendere dalla volontà del privato: il quale implica non solo l' *obbligo* del giudice di *pronunciare* in merito, quando ne viene richiesto, ma anche l'obbligo di *non pronunciare*, se non ne è richiesto. Il determinare *quando* vi è *ultra petita* dipende dal determinare *se vi fu*, e *quale fu* la domanda, e se la pronuncia corrisponde alla domanda. Circa il primo punto, valgono le norme più sopra esposte: circa il secondo, anche a maggior dilucidazione dell'intiero principio che siamo venuti ora illustrando, dobbiamo fermarci un po' a lungo.

**44.** Il principio della correlazione tra azione e sentenza, in

(72) Cass. Roma, 21 marzo 1891, *Corte Suprema*, 1891, II, 99 — Cass. Torino, 2 dicembre 1890 *La Giurisprudenza*, 1891, 11 — Cass. Firenze, 16 luglio 1891, *Temi veneta*, 1891, 448 — Cass. Palermo, 27 luglio 1893, *Foro siciliano*, 1893, 217 — Cass. Palermo, 16 novembre 1897, *Foro siciliano*, 1897, 862 — Cass. Torino, 23 agosto 1900, *Mon. trib.*, 1900, 701 — Cass. Napoli, 19 marzo 1900, *Legge*, 1900, II, 443 — Cass. Napoli, 18 dicembre 1899, *Diritto e giur.*, XV, 805 — Cass. Firenze, 23 dicembre 1901, *Annali*, 1901, 504.

questa prima applicazione che stiamo esaminando, si risolve, in fondo, come si è potuto osservare, nel principio della *identità* tra l'oggetto dell'azione e l'oggetto della sentenza. Ma quando si verifica questa identità? Quali sono cioè gli elementi che debbono mettersi fra loro a raffronto per decidere se sono o non sono identici?

Questa gravissima questione riceve molta luce da un principio, su cui abbiamo a lungo insistito, anche difendendolo da critiche vigorose: il principio che l'azione è un diritto spettante alla parte *di fronte* al giudice e non di fronte *all'avversario*. Chi concepisce l'azione come un diritto di fronte all'avversario, s'imbatte in gravi difficoltà quando vuol esattamente determinare su quali elementi deve cadere l'identità tra il chiesto e il pronunciato. Evidentemente sarebbe inesatto il dire che deve esservi identità tra ciò che la parte chiede *all'avversario* e ciò su cui pronunzia il giudice, perchè il giudice non pronunzia sull'*oggetto* della pretesa che una parte fa valere verso l'altra, ma *sulla pretesa*. La pretesa di una parte verso l'altra, è l'*oggetto* del giudizio logico del giudice, giudizio, che, alla sua volta, è l'*oggetto* della pretesa della parte di fronte al giudice. Bisogna dunque distinguere: *l'oggetto della pretesa che la parte fa valere di fronte al giudice,* che è un *giudizio logico sulla pretesa della parte verso l'avversario*, dall'oggetto della pretesa della parte verso l'avversario, il quale non è che *un elemento* dell'oggetto della sentenza. Dicendo dunque che deve esservi identità tra l'oggetto della pretesa della parte verso l'avversario, e l'oggetto della sentenza, si dice cosa inesatta: dicendo che deve esservi identità tra la pretesa o domanda della parte verso l'altra e la sentenza, si dice cosa più inesatta ancora, perchè si richiede (ciò che è evidentemente assurdo) la *conformità* della sentenza alla domanda. Il principio esatto è invece che l'oggetto della pretesa della parte verso il giudice, e l'atto del giudice con cui si soddisfa questa pretesa, devono essere identici. Ma poichè oggetto della pretesa della parte verso il giudice non è un *giudizio di un determinato tenore sopra un determinato oggetto*, ma semplicemente *un giudizio sopra un determinato oggetto*, così il principio della identità tra l'oggetto dell'azione e l'oggetto della sentenza, si risolve nell'altro della *identità tra l'oggetto del giudizio richiesto e l'oggetto del*

*giudizio pronunciato.* Lo svolgimento di questo concetto ci darà modo di risolvere alcune questioni pratiche di molto rilievo intorno ai poteri del giudice civile nella funzione di accertamento del diritto.

Il giudizio che, esercitando il diritto di azione, la parte richiede al giudice, è un giudizio sulla esistenza o non esistenza di un *rapporto giuridico* o di uno *stato giuridico determinato.* La formulazione dei due termini di questo giudizio logico (soggetto e predicato) è, nel processo civile, rimessa completamente alla volontà della parte, la quale, essendo libera di provocare o non provocare questo giudizio logico, è, *a fortiori,* libera di determinarne come crede l'oggetto. Spetta dunque alla parte di porre il problema: se un *determinato fatto o stato di fatto esistente,* dà luogo a un *determinato rapporto giuridico.* Il giudice deve limitarsi a *risolvere* il problema postogli, ma non può spostarne i termini. Perciò quando egli dà il giudizio logico richiestogli, e risponde che lo stato di fatto esistente, dà luogo, o non dà luogo, a quel determinato rapporto giuridico, il rapporto giuridico che egli afferma o nega, deve essere identicamente lo stesso che gli è indicato dalla parte. Ma quando si ha identità tra i due rapporti giuridici? Evidentemente, quando essi hanno tutti gli elementi comuni: e perciò quando non soltanto sono uguali i *subietti* tra cui corrono, *i diritti subiettivi* e i correlativi *doveri giuridici* in cui consistono (73), ma è uguale anche il *fatto giuridico* o *causa giuridica* da cui derivano. Donde il principio, riconosciuto dalla giurisprudenza, e discendente logicamente dalle nozioni premesse, che per l'identità tra l'oggetto dell'azione e

(73) Si noti a questo proposito che l'identità deve correre appunto, come è spiegato nel testo, fra la *prestazione richiesta, e quella su cui il giudice ha pronunciato,* e non già fra la *richiesta* e la *dichiarata esistente.* Così non vi è vizio di *ultra petita* se il giudice, riconoscendo l'esistenza di un rapporto obbligatorio, allegato dall'attore e negato dal convenuto, attribuisce a quello una somma minore della richiesta. Cass. Palermo, 29 novembre 1898, *Foro siciliano,* 1898, 832. Ma vi è *ultra petita* quando, chiesto l'accertamento di un *diritto reale* (proprietà su cosa usurpata da altri che si rivendica), viene riconosciuto un *diritto di credito* (risarcimento del valore della cosa usurpata). Cassazione Palermo, 24 maggio 1902, *Foro siciliano,* 1902, 293.

l'oggetto della sentenza, occorre l'identità del *titolo* o *causa petendi* (74).

45. *B*) Il principio della corrispondenza tra azione e sentenza trova una ulteriore applicazione in un altro principio, diverso dal precedente, ma che discende anch'esso dalla regola che l'intervento dello Stato per la realizzazione degli interessi individuali tutelati dal diritto è fatto dipendere dalla volontà del titolare dell'interesse. Se è rimesso all'arbitrio di ciascuno di provocare o non provocare l'esercizio della funzione giurisdizionale per la realizzazione di un proprio interesse tutelato, ossia, se ciascuno può invocare o non invocare l'esistenza di un fatto giuridico, a cui la legge riconnette la tutela di un suo interesse, a più forte ragione deve affidarsi allo stesso interessato la preparazione degli elementi atti a convincere il giudice dell'esistenza di quel fatto. L'iniziativa del giudice per la ricerca degli elementi, su cui deve basare il suo giudizio di fatto, è, di regola, esclusa, appunto per il principio dominante nel processo civile, che la cura degli interessi individuali deve essere lasciata all'individuo. Questo principio trova la sua

---

(74) Cfr. su ciò l'eccellente scritto del **Chiovenda**, " *Sulla regola ne eat iudex ultra petita partium* „ nella *Legge*, 1903, 2419 e segg.; specialmente col. 2421-2422. V. inoltre, **Mattirolo**, *Trattato* (5ª ed.), IV, pag. 953, nota 1-2: La giurisprudenza fa frequenti applicazioni di questo principio: che il fatto giuridicamente rilevante ritenuto dalla sentenza deve essere quello stesso allegato dalle parti: v. Cass. Napoli, 2 giugno 1892, *Diritto e giur.*, VII, 160 (finita enfiteusi, finita locazione); Cass. Roma, 2 maggio 1893, *Corte suprema*, 1893, II, 138 e 23 dicembre 1896, *Temi romana*, 1897, 49 (risoluzione di contratto, nullità di contratto) — Cass. Roma, 29 dicembre 1893, *Corte suprema*, 1894, II, 333 (locazione, sublocazione) — Cass. Firenze, 5 marzo 1894, *Annali*, 1894, 125 (risoluzione del contratto per colpa dell'attore, risoluzione per colpa del convenuto) — Cass. Roma, 22 luglio 1897, *Temi rom.*, 1897, 449 (risoluzione di contratto per inadempimento e nullità) — Cass. Torino, 23 dicembre 1898, *La Giurisprudenza*, 1899, 136 (e prestazione d'opera come campanaro, prestazione di opera come custode della chiesa) — Cass. Torino, 31 dicembre 1900, *La Giurisprudenza*, 1901, 96 (quasi delitto, violazione del contratto) — Cass. Palermo, 10 gennaio 1901, *Foro siciliano*, 1901, 87 (locazione d'opera, mandato) — e in genere: Cass. Torino, 24 gennaio 1903, *Legge*, 1903, 2419 — V. anche in seguito, nota 161 e testo corrispondente.

formulazione nella regola " *iudex iudicare debet secundum alligata et probata* " (75).

Da questa regola discende l'altra: che il giudice deve prendere in esame *tutti* gli elementi di fatto allegati dalle parti in appoggio delle loro domande. Il fatto, che il giudice deve prendere a base della sua pronuncia, non è oggetto di conoscenza immediata da parte di lui: la conoscenza che egli ne può avere è, anzi, di regola, soltanto mediata, e per giungere ad essa gli occorrono alcuni elementi di conoscenza immediata, da cui ottenere la prima per mezzo di un ragionamento logico *(prove)*. Ora, se la ricerca e la preparazione degli elementi che devono condurre il giudice alla conoscenza mediata del fatto, è riserbata interamente alle parti, e il giudice non deve parteciparvi, almeno di regola, affatto, ciò importa che egli debba assumere a base della sua conoscenza questi elementi, *così come gli sono presentati*, e, come non può *aggiungervene altri*, così non può *eliminarne od ometterne alcuno*. Tanto la sua *azione positiva*, quanto la sua *azione negativa* non sono che *forme* di ingerenza nella determinazione degli elementi della sua conoscenza del fatto: ingerenza che gli è vietata.

Questa seconda applicazione del principio della correlazione tra

---

(75) Cfr. **Chiovenda**, *Sulla regola*, ecc., col. 2429-2430. Si può argomentare da fatti non allegati, ma risultanti dagli atti? La giurisprudenza lo afferma: Cass. Torino, 5 luglio 1898, *La Giurisprudenza*, 1899, 1226 — Cass. Napoli, 4 giugno 1901, *Gazzetta del proc.*, XXXI, 241. Il **Chiovenda**, loc. cit., è di opposto parere e, noi crediamo, a ragione. Come sarà detto più oltre (v. n° 46) il giudice è bensì libero, sugli elementi risultanti dagli atti, di argomentare come crede per stabilire *se i fatti allegati sussistano o no*: ma qui si ferma il suo potere: egli non può sostituire un fatto *diverso* a quello *allegato*: appunto per la ragione esposta nel testo (n° 44) che nel giudizio logico del giudice i due termini (*fatto, rapporto giuridico*) sono dati totalmente dalle parti. Per la stessa ragione, richiesta da una parte una prova, non può il giudice concederne una diversa: Così Cass. Firenze, 24 febbraio 1890, *Temi veneta*, 1890, 198. Contr. Cass. Roma, 21 luglio 1896, *Corte supr.*, 1896, II, 400 — Cass. Palermo, 30 dicembre 1898, *Foro siciliano*, 1899, 41. Solo, se si tratta di una di quelle prove che il giudice può ordinare *d'uffizio* (per es. la perizia) si deve ammettere *a fortiori* che egli possa, ordinandola, modificare le richieste delle parti: v. Cass. Firenze, 2 luglio 1891, *Temi veneta*, 1891, 426 — Trib. Bari, 24 giugno 1892, *Pisanelli*, 1892, 209.

azione e sentenza si può, dunque, nella sua duplice faccia, formulare come principio della *identità tra gli elementi della conoscenza mediata del fatto offerti dalle parti, e quelli adoperati dal giudice.*

**46.** Ma qui si arresta la portata del principio che la sentenza deve corrispondere all'azione, mentre il processo logico che conduce alla formazione della sentenza, comprende altri momenti ed elementi, rispetto ai quali l'attività del giudice non è per nulla vincolata dalla volontà delle parti. Una breve analisi del processo di formazione della sentenza ci permetterà di determinare dove l'attività del giudice è determinata dalla volontà delle parti, e dove essa è determinata soltanto dalle esigenze logiche del pensiero.

Vedemmo già che nella sentenza il giudice formula un giudizio individuale e categorico, i due termini del quale sono dati dalle parti. Il rapporto che corre tra questi due termini: cioè tra un certo fatto o una certa situazione di fatto esistente, e un determinato rapporto giuridico, è ignoto: ed il giudice deve appunto trovarlo. Per procurarsi questa conoscenza mediata, il giudice deve fare un *ragionamento logico*, deve cioè trovare alcuni elementi di conoscenza immediata, o dedotti da altri di conoscenza immediata, che gli diano questa nuova conoscenza che vuole ottenere. Deve quindi il giudice trovare un *termine medio*, ossia un concetto, di cui siano noti i rapporti coi due termini dati: ciò gli permetterà, mediante un *sillogismo,* di conoscere il rapporto esistente *tra i due termini dati*, ossia di formare il giudizio richiesto. Il termine medio è offerto da un elemento noto al giudice: la *norma giuridica*. Questo elemento di conoscenza immediata o anche mediata, ma dedotta da altri di conoscenza immediata, si trova, coi due termini del giudizio da formare, in un rapporto immediatamente conoscibile. Trovata infatti la norma giuridica che regola il caso concreto, è già stabilito il rapporto tra essa e il primo termine del giudizio: è stabilito cioè che il fatto o la situazione di fatto, di cui è questione, rientra fra quelli che la norma regola. Ma, contemporaneamente, trovata la norma, e quindi conosciuto quali rapporti giuridici essa ricollega a quella categoria di fatti, è stabilito il rapporto tra la norma e l'altro termine del giudizio, è cioè stabilito se il

concreto rapporto giuridico di cui è questione, rientra o non rientra tra quelli, che la norma ricollega ai fatti che regola. Poste così le due premesse del sillogismo, la conclusione darà il giudizio cercato e ci dirà se il rapporto giuridico, di cui è questione, rientra o non rientra fra quelli, che la norma giuridica ricollega al fatto o alla situazione di fatto esistente.

Nella formazione di questo sillogismo il termine medio è dato dunque da un elemento del tutto indipendente dalla volontà delle parti, che il giudice conosce, o di cui si può procurare la conoscenza. La norma giuridica è conosciuta dal giudice per il solo fatto della sua pubblicazione (*iura novit curia*) ed anche quando la norma applicabile nel caso concreto non appare immediatamente evidente al giudice, egli deve dedurla per via di ragionamenti dal diritto vigente, e non può esimersi dal giudicare sotto pretesto di deficienza od oscurità della legge (art. 3 disp. prel. Cod. civ., 783 Codice proc. civ., 178 Cod. pen.). In questa determinazione della norma applicabile, il giudice non è punto vincolato dalle domande delle parti: queste possono bensì, per meglio ottenere lo *scopo remoto* dell'azione (pronuncia di una sentenza *favorevole*), presentare argomentazioni circa le norme di legge che credono applicabili; ma il magistrato non è tenuto a seguirle in questo campo, e può benissimo applicare una norma non invocata da nessuna delle parti (76).

Ma anche in un altro momento della formazione della sentenza, il giudice non è legato dalle domande delle parti: ed è nel *processo logico*, mediante il quale egli giunge all'accertamento del fatto, intorno al quale pronuncia. Questo fatto, quale gli è indicato dalle parti, egli, di regola non conosce, e, se pure conosce, deve pre-

(76) Cf. su ciò **Chiovenda**, *Sulla regola*, ecc., col. 2424, e 2425, 2428, sub. IX, X e XII. Quindi il giudice può, nel campo del puro diritto, supplire alle argomentazioni delle parti (Cass. Torino, 8 febbraio 1890, *La Giurisprudenza*, 1890, 142 — Cass. Roma, 29 dicembre 1893, *Corte suprema*, 1893, II, 333 — Cass. Firenze, 28 dicembre 1893, *Annali*, 1894, I, 76); può applicare una norma diversa dalle invocate (Cass. Napoli, 21 febbraio 1901, *Gazzetta proc.*, XXXI, 209 — Cass. Roma, 4 aprile 1893, *Corte suprema*, 1893, I, 77); può dare al fatto allegato una qualificazione giuridica diversa (Cass. Torino, 4 febbraio 1891, *La Giurisprudenza*, 1891, 169 — App. Catania, 28 marzo 1899, *Giur. cat.*, 1899, 103 — Cass. Roma, 11 dicembre 1901, *Temi romana*, 1902, 47).

scindere dalla conoscenza privata che n'abbia: è vero che gli *elementi* della sua conoscenza sono dati dalle parti, e il giudice deve attenervisi, ma bene spesso tali elementi non gli offrono che la possibilità di una *conoscenza mediata*, per giungere alla quale egli ha bisogno di fare uno o più *ragionamenti*. Anche in questa sua attività mentale il giudice non è vincolato dalle domande delle parti. Queste possono bensì, anche rispetto alla deduzione logica del fatto dagli elementi offerti, istituire, per loro conto, ragionamenti a sostegno del loro assunto. Ma il giudice è libero, sugli elementi offertigli, di ricostruire lo stato di fatto esistente, come crede logicamente risulti dagli elementi posti a sua disposizione *allo scopo di determinare se il fatto allegato dalle parti esiste realmente*. Il giudice deve dunque bensì prendere a base della sua pronuncia i fatti, quali sono affermati dalle parti; deve, per determinare se questi fatti esistono, partire dagli elementi di fatto offerti dalle parti, ma non è tenuto per nulla a stare alle allegazioni delle parti circa la *deduzione dei fatti affermati dagli elementi offerti* (77). Non vi è perciò vizio di *ultra petita*, quando affermato un dato fatto dall'attore, e negato dal convenuto per alcune ragioni dedotte dagli elementi di fatto presentati dalle parti, il giudice neghi il fatto per altre ragioni pure dedotte dagli stessi elementi, sebbene non fatte valere dal convenuto (78). Vi sarebbe, invece, vizio di *ultra petita* se, affermato un dato fatto dall'attore e negato dal convenuto, o affermato dal convenuto un altro fatto che eliminerebbe gli effetti giuridici del primo (fatto estintivo), il giudice affermasse un fatto estintivo non allegato o diverso da quello allegato (79).

---

(77) Di qui la regola, ripetutamente affermata dalla nostra giurisprudenza, che il giudice può sostituire ragionamenti proprî a quelli delle parti: V. Cassazione Torino, 20 marzo 1890, *La Giurisprudenza*, 1890, 258 — Cass. Torino, 8 febbraio 1890, *La Giurisprudenza*, 1890, 142 — Cass. Torino, 8 maggio 1896, *La Giurisprudenza*, 1896, 590 — App. Trani, 12 giugno 1900, *Foro Puglie*, 1900, 306 — Cass. Palermo, 25 luglio 1901, *Foro siciliano*, 1901, 437.

(78) Cass. Torino, 15 maggio 1888, *La Giurisprudenza*, 1888, 325. — Cfr. **Chiovenda**, *Sulla regola*, col. 2422, sub VI.

(79) Contr. **Chiovenda**, *Sulla regola*, ecc., col. 2423, sub VII, per la ragione che in questo caso " tanto la domanda del convenuto come la sentenza si fondano sopra l'inesistenza attuale del diritto: e oggetto della lite è l'esistenza

Egualmente, vi sarebbe vizio di *ultra petita* se, affermata dall'attore l'esistenza di un negozio giuridico viziato da cause che lo rendono annullabile, o esposto a cause di cessazione dei suoi effetti giuridici (risoluzione, revoca) e non eccepite dal convenuto queste cause, il giudice le affermasse d'ufficio, e rifiutasse il riconoscimento del rapporto giuridico allegato per essere nullo o venuto meno il negozio costitutivo (80).

**47.** Concludendo, il giudice non è vincolato dalla volontà delle parti: *a)* nella determinazione della norma da applicarsi; *b)* nel processo logico occorrente per tale determinazione; *c)* nel processo logico occorrente per l'accertamento del fatto dagli elementi di prova offerti dalle parti. Riguardo all'accertamento della norma, esso è legato dalla volontà della legge, che deve limitarsi ad accertare; riguardo ai *ragionamenti* necessari per questo accertamento e per l'accertamento del fatto dagli elementi offerti, esso non ha altro obbligo che quello di esporre, sia pure succintamente, lo *svolgimento di questo processo logico* (obbligo della *motivazione*). Per soddisfare al quale basta che tale *svolgimento ci sia*, vale a dire basta che *un processo logico sia esposto*, ma non occorre che esso segua

---

del diritto, non l'esser venuto meno per uno o per altra causa „. Ma il fatto estintivo del diritto, non è semplicemente una *circostanza*, che *modifica* il fatto giuridico allegato; è un altro fatto *totalmente distinto*, che ne paralizza gli effetti giuridici. L'esistenza di un fatto estintivo importa che il fatto costitutivo allegato, esiste e completo in tutti gli elementi affermati; solo che i suoi effetti sono venuti meno per la presenza di *un altro fatto*. Ora, se questo *secondo e diverso* fatto non è allegato, il giudice non lo può affermare di suo arbitrio, sia pure che risulti dagli atti (v. sopra nota 75). L'oggetto della lite non è semplicemente, l'esistenza o la non esistenza attuale del diritto, ma la sua esistenza o non esistenza *in dipendenza del fatto allegato*, perchè, come è detto più sopra nel testo, il problema che il giudice deve risolvere, non è se esista un determinato rapporto giuridico, ma se *da un determinato fatto allegato derivi un determinato rapporto*. L'art. 2019 pertanto del Codice civile si giustifica come una applicazione di questa regola.

(80) Conforme **Chiovenda**, *Sulla regola*, ecc., col. 2423 sub VIII. Cfr. anche Cass. Roma, 2 maggio 1893, *Corte suprema*, 1893, II, 138 — Cass. Roma, 23 dicembre 1896, *Temi romana*, 1897, 49 — Cass. Roma, 22 luglio 1897, *Temi romana*, 1897, 449.

la stessa via di quello esposto dalle parti a sostegno del loro assunto.

**48.** Per esaurire questo tema dei rapporti tra azione e sentenza, dobbiamo ricordare che il diritto d'azione essendo non solo diritto all'*accertamento* della tutela giuridica spettante a un determinato interesse, ma anche diritto alla *realizzazione* dell'interesse la cui tutela giuridica sia accertata, esso può esplicarsi anche con atti diretti ad ottenere l'intervento dello Stato per questa realizzazione. Ora la regola è appunto che quando è in questione la pretesa di una determinata prestazione verso un determinato obbligato, insieme all'*accertamento* della pretesa, venga chiesto allo Stato l'*ordine* di soddisfarla. In questo caso, che è, nella pratica, il normale, il privato, in realtà, rivolge al giudice una doppia domanda: una, *principale*, di accertamento di un rapporto incerto; una, *subordinata*, di inizio della realizzazione forzata, in caso di accertamento favorevole. Di fronte a questa forma di esercizio del diritto di azione, la posizione del giudice è chiara. Egli dovrà, anzitutto, procedere all'accertamento richiesto; poi, se l'accertamento è favorevole all'attore, se cioè esso implica l'esistenza di un interesse tutelato dell'attore, sorge per il giudice l'obbligo di emettere l'*ordine* di soddisfacimento richiesto. E come in un unico atto è presentata la richiesta principale e la subordinata, così in un unico atto il giudice soddisfa all'una e all'altra. In questo caso al puro *giudizio logico* è innestato un *atto di volontà*, e la sentenza, che li contiene, assume il nome di *sentenza di condanna*. Se invece, l'accertamento è sfavorevole all'attore, e implica l'*inesistenza* del suo diritto, la domanda subordinata non ha più ragione d'essere, e il giudice emetterà una sentenza contenente un puro giudizio logico, cioè una sentenza di *puro accertamento*.

Quando la sentenza contiene anche l'*ordine* di soddisfacimento (sentenza di condanna) essa non importa dunque solo l'*accertamento* di una pretesa, ma anche l'*affermazione della necessità della sua realizzazione forzata* (81). Sotto questo secondo aspetto essa costi-

(81) Sul concetto della sentenza di condanna torneremo più oltre, v. in seguito n. 53.

tuisce un *titolo esecutivo* (art. 554, n° 1, Cod. proc. civ.), in quanto contiene, secondo l'espressione del CHIOVENDA: " la manifestazione di una volontà di Stato da effettuare „ (82). Ecco dunque come la sentenza può, nella sua forma di sentenza di condanna, costituire l'anello di congiunzione fra il processo di accertamento e il processo esecutivo, e rappresentare a un tempo l'atto con cui il primo si chiude e il secondo s'inizia.

Ma oltre questo, altri rapporti ancora ha la sentenza col processo esecutivo. La funzione di accertamento del diritto non è infatti esclusiva del solo stadio dichiarativo; accertamenti di diritti, sia materiali, sia, più spesso, processuali, possono occorrere anche nello stadio esecutivo: donde, come è stato più volte notato, la possibilità di *sentenze in materia di esecuzione*.

Per tal modo la posizione della sentenza nel processo rimane ben delineata. Nel processo di dichiarazione essa domina sovrana; in quanto attua l'accertamento del rapporto giuridico materiale, essa è mèta del processo: in quanto accerta i rapporti processuali incerti, prepara il materiale del processo. Nè poco importante è la sua funzione nel processo esecutivo, di cui può dar luogo all'inizio, nel corso del quale va eliminando gli ostacoli che l'incertezza sui rapporti processuali e materiali pone, qualche volta, indirettamente, alla realizzazione di un diritto accertato. Sotto questo duplice punto di vista può dirsi che la dottrina della sentenza riassume in sè la dottrina dell'intiero processo.

---

(82) **Chiovenda**, *L'azione nel sistema dei diritti*, pag. 24 in nota.

# CAPITOLO IV.

## Natura e funzione della sentenza.

**Sommario:** 49. Posizione della questione. — 50. Opinione che la sentenza sia forma di produzione del diritto obiettivo; teoria del Bülow; critica di questa teoria. — 51. Teoria del Mortara: critica di questa teoria. — 52. Teoria dell'Unger: critica di questa teoria. — 53. La funzione della sentenza e la ripartizione delle sentenze: la sentenza di condanna e di accertamento. — 54. Le così dette sentenze costitutive: costruzione giuridica di questa categoria di sentenze. — 55. Improprietà tecnica del concetto di sentenza costitutiva come conseguenza della improprietà del concetto di diritto del potere giuridico o diritto potestativo. — 56. Improprietà tecnica del concetto di sentenza costitutiva desunta dalla stessa funzione che le viene assegnata dai fautori di quel concetto. — 57. Il concetto di sentenza costitutiva contraddice alla autonomia sostanziale della funzione giurisdizionale. — 58. Le così dette sentenze costitutive differiscono dalle altre specie di sentenze per il loro oggetto, ossia per la natura del rapporto accertato, non per la loro funzione, che è sempre quella di accertamento. — 59. Prova: molteplicità delle distinzioni possibili dal punto di vista del rapporto: ulteriori distinzioni del Kisch. — 60. La sentenza costitutiva e il diritto positivo italiano.

**49.** Ciò che abbiamo detto finora circa il concetto della sentenza, la sua delimitazione da altre figure affini, la sua posizione nell'insieme del processo, è sufficiente a fare intendere quale è, per noi, la natura della sentenza come atto dell'organo giurisdizionale, quale la sua funzione come manifestazione e momento dell'attività giurisdizionale dello Stato. Abbiamo già fatto osservare, che la sentenza è, nel suo carattere essenziale, un atto della mente del giudice, e precisamente, un giudizio logico sull'esistenza o non esistenza di un rapporto o di un complesso di rapporti giuridici; in essa perciò si attua quella parte della funzione giurisdizionale, che consiste appunto nell'*accertamento* della tutela, che il diritto obiettivo concede agli interessi concreti. La natura della sentenza

rimane per tal modo determinata, e determinata ne rimane anche la funzione: la sentenza è, essenzialmente, un giudizio logico sull'esistenza di un rapporto giuridico: la sua funzione è l'accertamento dei rapporti giuridici incerti. Tutto ciò è un puro e semplice corollario di quanto si è detto finora intorno al concetto della giurisdizione e della sentenza, sul quale pertanto potremmo anche dispensarci dall'insistere, se da scrittori autorevoli non fossero, anche di recente, stati esposti dubbi sui concetti comunemente accolti circa la natura della funzione giurisdizionale, del processo, e della sentenza; e se, inoltre, gli studi recenti dei processualisti tedeschi, non avessero fatto rilevare certe particolarità di alcune categorie di sentenze, la cui importanza, per la determinazione della natura e delle funzioni della sentenza, è stata forse esagerata, in modo da impedire talora la netta distinzione tra ciò che nella sentenza è essenziale alla sua natura e alla funzione sua, e ciò che è soltanto accidentale, e ad essa *connesso*, ma non in essa, *come tale*, *compreso*. S'impone dunque la necessità di saggiare la nostra concezione anche al lume di queste concezioni o divergenti o, a nostro avviso, non abbastanza precise circa la determinazione dei caratteri della sentenza *come tale*, e della sua funzione *essenziale*.

**50.** In antitesi al concetto comune, che la sentenza, nell'ordinamento dello Stato moderno, contenga un mero *accertamento di diritto*, si è venuta di recente facendo strada, in Germania e in Italia, l'opinione che l'ufficio del giudice non sia soltanto, o meglio, non sia per nulla, quello di *accertare* nei casi concreti, un *diritto già preesistente*, ma quello invece di *formare il diritto*. Il Bülow, specialmente, in più scritti ha insistito su questo concetto: che il processo non ha per iscopo di *tutelare* il diritto privato, ma di *completarlo*; le astratte ed ipotetiche disposizioni di legge, egli osserva, sono di per sè sole impotenti allo scopo voluto dall'ordinamento giuridico, cioè la regolamentazione dei concreti e reali rapporti della vita: ogni questione di diritto privato pone un problema giuridico, che non si trova mai già bello e risolto nelle astratte disposizioni di una legge, negli articoli di un codice civile. Occorre per ciò qualche cosa di altro per *completare* l'ordinamento giuridico dei

rapporti privati, e questo qualche cosa è il processo: la sentenza del giudice dà la norma individualizzata e specializzata per il singolo caso. Le regole contenute nella legge si limitano a fornire una *traccia obbligatoria*, più o meno precisa, *per la formazione della norma concreta*, ma non forniscono, esse stesse, la norma (1).

Questo, in brevissimi cenni, il concetto del Bülow, sul quale osserviamo: la norma giuridica si distingue dagli altri comandi che lo Stato rivolge ai cittadini, per ciò che si rivolge non ad un singolo cittadino e per un determinato rapporto, ma a tutti i cittadini, e per una determinata categoria di rapporti; per questa ragione essa è un comando *astratto*, ossia, formulato in modo ge-

---

(1) Cfr. **Bülow**, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, pag. 3, nota 3, ma specialmente ed ampiamente in: *Gesetz und Richteramt*, Leipzig 1885, specialmente a pag. 48, dove afferma: " Nicht das Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt schafft dem Volke sein Recht „. Vedi inoltre: *Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1901, pagine 91 e segg., 106 e segg.; e da ultimo *Klage und Urteil*, pagg. 74, nota 7, 76-80. I primi germi di questo concetto risalgono a **Hegel**, *Rechtsphilosophie*, § 222 Zusatz: " Das Recht, das ich habe, muss zugleich gesetzt sein „. Nello stesso senso: **Degenkolb**, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, pag. 29-30; — **Gény**, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, pagg. 457 e segg.; — **Schneider**, *Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1902, pagg. 89 e segg.; — **Jung**, *Von der " logischen Geschlossenheit „ des Rechts*, in *Festgabe der Giessener Juristenfakultät für Dernburg*, pag. 131 e segg.; — **Schultze**, *Privatrecht und Prozess*, pagg. 95, 97 e segg., 117 e segg., ricercando la funzione del giudice germanico nel medio evo, conclude che i due elementi della norma giuridica, il contenuto giuridico (*Reichtsinhalt*) e il comando giuridico (*Rechtsbefehl*), i quali oggi sono trovati ed espressi in modo generalmente obbligatorio nella legge, erano, allora, trovati ed espressi, caso per caso, dal giudice (pagg. 97, 105, 111): donde la essenziale diversità tra le funzioni del giudice germanico e quelle del giudice moderno, conseguenza della diversa natura delle fonti nel diritto privato delle due epoche (pagg. 116, 124). Oggi, in generale, la sentenza non costituisce il diritto, non è più norma giuridica, non contiene un concreto comando giuridico come fonte di produzione di una norma giuridica per il caso singolo. Il procedimento, da procedimento di *produzione*, è diventato procedimento di *applicazione* del diritto (pag. 155). — Contro questa concezione della sentenza nell'antico processo germanico v. **Wach**, *Handbuch*, pagg. 7 e 8, in nota, il quale osserva: " certo gli scabini danno il " contenuto giuridico „ come loro " convinzione „, ma come convinzione di ciò che è di diritto, non di ciò che merita di essere elevato per opera del giudice a principio giuridico „.

nerale, riguardo alle persone e riguardo all'oggetto. Ma, per quanto formulata in modo astratto, la norma giuridica è sempre un *comando*, e quindi, appena emanata, s'impone senz'altro alle volontà dei singoli. Che un comando genericamente formulato sia meno comando di uno formulato specificamente, è davvero difficile a comprendersi, ed è quindi difficile a comprendersi perchè lo si debba chiamare un comando incompleto e bisognoso di completamento. Ma se — come non può dubitarsi — un comando anche genericamente o astrattamente formulato è obbligatorio al pari di ogni altro, e tutti i cittadini, a cui è indirizzato, debbono uniformarvi la loro condotta, è chiaro che esso esiste già fin dal principio completo in tutti i suoi elementi, e non ha punto bisogno di essere, come comando, completato. Può nascere, è vero, dubbio sulla sua reale portata in questo e in quel caso, ed allora sarà necessaria un'operazione logica per ricostruire esattamente la volontà dello Stato espressa nel comando. Ma questa operazione logica, che si esercita *sull'atto*, non è completamento *dell'atto*. Una volontà dichiarata genericamente è una volontà che porta su *tutti* gli oggetti compresi nella formula generica; quando si vuol sapere se un dato oggetto vi rientri, si deve appunto dalla dichiarazione generica desumere l'effettivo contenuto della volontà. In questo processo logico nulla si aggiunge alla volontà genericamente dichiarata: solo la si *conosce* nella sua portata reale. L'opera di chi applica la legge è identica a quella di chi si propone di conoscere, nella sua portata reale, qualunque manifestazione del pensiero. Non è dunque a parlare di un completamento della norma per opera del giudice che l'applica, più che di un completamento delle opere di Dante, Shakespeare e Goethe, da parte dei commentatori che ne vogliono ricostruire il pensiero! Il concetto del Bülow ha per presupposto l'identificazione tra il *soggetto conoscente* e l'*oggetto conosciuto*, i quali nel processo della conoscenza vanno invece distinti, se non si vuol bandire del tutto il reale dal campo del pensiero (2).

(2) Non è dunque già che la norma — come tale — sia incompleta, ed abbia bisogno di essere completata dal giudice; ma è la *tutela*, accordata agli interessi umani mediante la norma, insufficiente e bisognosa di esser completata, mediante una forma complementare di tutela: la *tutela giudiziale degli interessi*, nei limiti segnati dalla norma. V. sopra, pag. 13.

**51.** Nello stesso ordine di idee del BÜLOW è il nostro MORTARA. Già esponemmo le idee di questo autore sul concetto di azione, e già notammo come egli affermi la inesistenza del diritto subiettivo prima dell'accertamento giudiziale, dovendosi il diritto subiettivo a cui manchi il concorso della volontà dell'obbligato, considerare non come un diritto, ma come una nuda pretesa: per lui, quindi, solo colla sentenza si afferma il diritto subiettivo; la sentenza non crea dal nulla un diritto subiettivo, ma conferisce forza ed effetti di diritto subiettivo ad una pretesa presentata al magistrato sotto forma di domanda o di eccezione (3). Di qui, logicamente, la conseguenza, che la sentenza non si limita a dichiarare un diritto preesistente, come ritiene l'opinione dominante, ma crea il diritto da una semplice pretesa (4).

Come si vede, mentre la concezione del BÜLOW ha principalmente riguardo alla *norma*, quella del MORTARA prende in considerazione i *diritti subiettivi* che la norma consacra: ma, si guardi la cosa dal lato obiettivo o subiettivo, essa rimane sempre la stessa; e perciò, come abbiamo manifestato il nostro dissenso dalla concezione del BÜLOW, dobbiamo ora fare altrettanto per quella del processualista italiano. Poichè la norma giuridica esiste completa in tutti i suoi elementi prima della sentenza, e obbliga, come comando dello Stato, prima della sentenza, è naturale che essa operi prima della sentenza, e che i diritti subiettivi o i correlativi doveri giuridici da

---

(3) **Mortara**, *Commentario*, II, pagg. 539-540; — *Manuale*, 4ª ediz., Torino, 1904, I, pag. 14. Sono notevoli principalmente queste osservazioni: " Così la facoltà individuale, o tendenza od aspirazione che vogliamo chiamarla, diretta ad una certa utilità, può, per virtù della norma giuridica, acquistare la prerogativa del diritto, ma, fino a che la volontà di altro individuo, soggetto passivo di questo diritto, non agisce in modo analogo all'interruttore della lampada elettrica, la facoltà del soggetto attivo e la norma giuridica stanno in vicinanza, ma mancano di contatto e quindi la potenza generatrice del diritto non passa da questa a quella. *La spiegazione logica e razionale di questa proposizione è data dal considerare la natura e la funzione della norma giuridica, che è formola astratta, principio universale e non può esercitare attività specifica sopra una facoltà singolare e concreta*, senza il concorso di un terzo elemento che ne coadiuvi e ne integri l'efficacia " (*Commentario*, II, pag. 540).

(4) **Mortara**, *Commentario*, II, pag. 547.

essa derivanti esistano, non quando il giudice li accerta, ma appena la legge esplica la sua forza obbligatoria. Come abbiamo altrove osservato (5), l'essenza del diritto subiettivo non sta nell'*effettivo soddisfacimento* dell'interesse in esso tutelato, chè anzi al momento del soddisfacimento il diritto cessa di esistere come tale, avendo terminato il suo ciclo di esistenza, ma nella *tutela* accordata dalla legge a questo interesse, vale a dire nel semplice *riconoscimento* dato dal diritto obiettivo alla *volontà che lo prosegue*. Per tal modo la critica della concezione subiettiva del Mortara, completa quella della concezione obiettiva del Bülow, e viceversa: ciascuna di queste dottrine, richiamando l'attenzione sopra un diverso lato del problema, pone in luce maggiore le deficienze dogmatiche dell'altra.

52. La tesi, che la sentenza sia forma di produzione del diritto, è sostenuta entro limiti più modesti da qualche altro scrittore, per esempio, dall'Unger. Questi, osservando che il giudice è obbligato a decidere anche se manca una disposizione di legge applicabile al caso, e che perciò egli deve *supplire* al diritto, afferma che in questa sua funzione il giudice spiega una attività di formazione del diritto simile alla legislativa: stabilisce il diritto obiettivo valevole per il caso concreto, il diritto giudiziale. Il diritto giudiziale si distingue dal diritto legislativo in ciò, che vale solo per il caso concreto, mentre la legge vale per tutti i casi della medesima specie: la legge è norma giuridica generale, mentre il diritto giudiziale è norma giuridica individuale (6). La questione

---

(5) V. sopra, num. 40.

(6) **Unger**, *Ueber die Haftung des Staates für Verzugs- und Vergütungszinsen*, Wien, 1903, pagg. 6-10. Un concetto analogo è espresso nel *Progetto preliminare* del Codice civile svizzero (Introduzione, art. 1): " Das Civilgesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Fehlt es in dem Gesetze an einer Bestimmung, so entscheidet der Richter nach dem Gewohnheitsrechte, und wo auch ein solches mangelt, nach bewährter Lehre und Ueberlieferung. Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so hat er sein Urteil nach der Regel zu sprechen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde „. Su questo progetto vedi **Laband**, nella *Deutschen Juristenzeitung*, 1897, pag. 132 e segg. — Sempre allo stesso concetto è ispirata l'opinione del **Dernburg**, *Pandekten*, 5ª ed., Berlin, 1896-97,

posta in tal guisa, si ricollega direttamente all'altra: se esistano lacune nel diritto, e se il processo dell'analogia, per mezzo del quale il giudice colma le lacune reali o apparenti del diritto, sia forma di *produzione*, o piuttosto di *interpretazione* del diritto. La questione è certamente delle più gravi, ma a noi sembra che l'analogia debba ricondursi sotto la categoria delle forme di *interpretazione* del diritto, per la ragione, già in altra occasione accennata (7), che, nel processo della estensione analogica, non si fa altro che rintracciare una norma contenuta nel sistema, ma posta dal legislatore non *direttamente* (espressamente), bensì *indirettamente*, mediante il riconoscimento di essa in uno o più casi singoli; il legislatore, volendo la norma speciale, *non poteva logicamente non volere* la norma più generale: quindi una esatta ricostruzione della sua volontà ve la deve comprendere. Ciò posto, anche in questo campo ristretto, deve escludersi che la sentenza sia forma di produzione del diritto: ma in ogni modo, è bene osservare che, anche secondo il concetto dell'Unger, la formazione del diritto non sarebbe la funzione *essenziale* o, almeno, *normale*, della sentenza, ma solo una funzione *accidentale* ed anormale (8).

**53.** Ma il concetto, che la funzione *essenziale* della sentenza sia l'*accertamento* dei concreti rapporti giuridici, può essere con maggior ragione ancora messa in dubbio di fronte agli studi recenti sulla *funzione* della sentenza, che hanno condotto alla nota tripartizione delle sentenze, in sentenze di *condanna*, di *accertamento* e *costitutive*.

---

I, pag. 85, del **Vivante**, *Trattato di diritto commerciale*, 2ª ed., I, pag. 64, e del **Behrend**, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin, 1896, pag. 85, che la *natura dei fatti* sia fonte di produzione del diritto.

(7) **Rocco**, *Intorno al carattere del diritto commerciale obiettivo e ai suoi rapporti col diritto civile*, negli *Studi in onore di* **Vittorio Scialoja**, Milano, 1904, II, pag. 549, nota 2.

(8) Che la sentenza non sia *produzione* di diritto, ma *applicazione* di diritto, è opinione prevalente nella dottrina processuale: v. **Wach**, *Handbuch*, pagine 6-7; — **Schmidt**, *Lehrbuch*, pag. 14; — **Weismann**, *Lehrbuch*, pag. 4; — **Chiovenda**, *L'azione*, pagg. 10, nota, e 128; — **Menestrina**, *La pregiudiciale*, pag. 28.

Per lungo tempo la scienza del diritto processuale concentrò la sua attenzione sopra una sola categoria di sentenze: le sentenze *di condanna*. Non che l'esistenza di altre specie di decisioni fosse del tutto ignorata: chè anzi di azioni di puro accertamento si occupano i giureconsulti romani (sotto il nome di *actiones praejudiciales*) e la dottrina del processo comune dovette rivolgervi egualmente la sua attenzione, specie a proposito dei *giudizi provocatorî*: la qual cosa importava di necessità che non fosse ignota la esistenza di sentenze di *semplice accertamento*. Ma il caso più frequente, il caso-tipo di azione, essendo quello di un'azione tendente ad ottenere dal convenuto una prestazione, il tipo della sentenza fu incarnato in quella che, accogliendo la domanda, condannava il convenuto all'adempimento della prestazione (9). Di questa concezione unilaterale era causa anche l' opinione, rimasta per lungo tempo incontrastata, che l'azione fosse lo stesso diritto, in quanto reagisce contro le violazioni, che, perciò, scopo generale del processo fosse il soddisfacimento forzato del diritto, e scopo particolare della sentenza la preparazione all'esecuzione, mediante un atto del giudice, che, previo accertamento del diritto, dirigesse al convenuto il precetto di eseguire spontaneamente la prestazione, sotto comminatoria della esecuzione forzata (10). Ma, specialmente dopo la promulgazione dell'ordinanza germanica del 1877, che nel § 231 riconosceva, in via generale, la possibilità di azioni di puro accertamento, l'attenzione della dottrina fu richiamata anche verso quella categoria di sentenze, che pronunziando su azioni di semplice accertamento, si limitano a dichiarare l'esistenza o non esistenza di un rapporto o di un fatto giuridico, e nè contengono ordine di prestazione, nè importano, in qualsiasi modo, l'obbligo di una prestazione da parte del convenuto. Donde la necessità di riconoscere,

---

(9) Anche nei processi provocatori del diritto comune, la sentenza, che era, sostanzialmente, sentenza di puro accertamento, prendeva la forma di una sentenza di condanna (*impositio silentii*): v. **Weismann**, *Feststellungsklage*, pagg. 34 e segg., 114. E questo punto di vista non fu senza influenza anche sulle prime costruzioni scientifiche dell'azione e della sentenza di accertamento: vedi più oltre, nota 11.

(10) Cfr. **Kisch**, *Beiträge zur Urteilslehre*, pag. 8.

accanto alle *sentenze di condanna,* una seconda categoria di sentenze, quelle di *accertamento.* Lo studio delle sentenze di accertamento condusse la dottrina a ricercare i caratteri distintivi della sentenza di accertamento di fronte a quella di condanna; ciò che equivaleva a determinare, da un lato la natura e la funzione della sentenza in *generale,* dall' altro, la natura e la funzione *speciale* delle due specie di sentenze conosciute. Il problema della natura della sentenza come tale era dunque posto, si può dire, per la prima volta. È naturale che, in questa ricerca, si tenesse innanzi come tipo, a cui ogni specie di sentenza dovesse in ultima analisi potersi ridurre, la sentenza di condanna. E poichè già era stato osservato che nella sentenza di condanna concorrono due elementi: un *accertamento* e una *ingiunzione* (11), ambedue si assunsero come essenziali al concetto di sentenza, e si cercò di trovare anche nell'azione di accertamento una *pretesa,* che potesse dar luogo ad un ordine di prestazione contenuto nella sentenza di accertamento (12). Ma questa concezione era evidentemente artificiosa e contro di essa reagì ben presto la dottrina (13). Da qualche autore si giunse fino a negare ogni differenza di funzione tra la sentenza di condanna e quella di accertamento. " Il carattere essenziale della sentenza — affermava lo SCHULTZE — sta nell'accertamento incontestabile del concreto diritto privato. *Tutte* le sentenze civili sono *sentenze di accertamento,* anche la sentenza di condanna è, sostanzialmente, una sentenza di accertamento. La sentenza di condanna e quella che oggi si chiama sentenza di accertamento, si distin-

---

(11) V. **Savigny**, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1848, VI, pag. 640; — **Unger**, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II, pag. 640; — **Buchka**, *Die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss*, Rostock und Schwerin, 1846, I, pag. 292.

(12) **Degenkolb**, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, pagg. 140 e segg., 162; — **Plósz**, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, pagg. 162 e segg.; — **Leonhard**, *Der Anspruchsbegriff des Entwurfs eines bürg. G. B.*, nella *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, XV, pagg. 352 e segg.; — **Hellmann**, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, München, 1886, pagg. 374 e segg.

(13) Cfr. **Wach**, *Defensionspflicht und Klagerecht*, nella *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, VI (1879), pagg. 516 e segg.; *Feststellungsanspruch*, pagg. 7 e segg.; — **Weismann**, *Feststellungsklage*, pagg. 150 e segg.

guono non per la loro essenza, non per la diversità della funzione giudiziale esercitata nei due casi, ma per la diversità dell'*oggetto* dell' accertamento, circostanza accidentale e quindi affatto irrilevante per la natura della sentenza „ (14). Con ciò si riduceva anche la sentenza di condanna ad un accertamento: l'accertamento di una *pretesa*, invece che di un *fatto* o un *rapporto giuridico* (15). Ma si esagerava, non vedendo, anche nella sentenza di condanna, che un *puro accertamento*, mentre l'elemento del comando è in essa innegabile e — come si vedrà più oltre — sulla base proposta una distinzione tra sentenze di accertamento e sentenze di condanna riesce impossibile. Giustamente perciò l'opinione che può dirsi prevalente trova nella sentenza di condanna l'accertamento e l'ingiunzione e in quelle di accertamento il puro accertamento (16). L'elemento comune a queste due specie di sentenze è dunque l'accertamento di un rapporto o di un fatto giuridico; il quale pertanto appare fin qui come il solo *essenziale* al concetto di sentenza; la possibilità di sentenze di *puro accertamento* non soltanto non mette in dubbio, ma conferma in modo positivo che l'accertamento del diritto nei casi concreti è la *funzione essenziale* della sentenza: e che se questa può adempiere anche ad altre funzioni, ciò è in via *secondaria* o *accidentale*: ossia che, in tali casi, alla sentenza come tale è incorporato e connesso un atto di diversa natura: ciò che avviene appunto nella *sentenza di condanna*.

**54.** A molto maggiori dubbî sulla concezione generale della sentenza e sulla natura della sua essenziale funzione dà luogo la determinazione di recente fatta in modo preciso, di una categoria di sentenze, la cui funzione sarebbe non già quella di accertare

(14) **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*, Berlin, 1880, pag. 149.

(15) L'opinione dello **Schultze** è seguìta dal **Wach**, *Feststellungsanspruch*, pagine 34-35, dal **Kisch**, *Beiträge zur Urteilslehre*, pag. 22 e dal **Weismann**, *Lehrbuch*, pag. 232: vi si accosta anche **Kohler**, *Gesammelte Beiträge*, Berlin, 1893, pagg. 64 e segg.

(16) **Helwigg**, *Lehrbuch*, pagg. 45 e segg., specialmente pag. 67 sub *b*, pagina 368 e segg. — **Langheineken**, *Urtheilsanspruch*, pag. 203 — **Stein**, *Das Civilprozessrecht*, nella *Birkmeyer's Encyclopädie*, pag. 1172.

un rapporto o stato giuridico *già preesistente*, ma di dar luogo alla nascita di un rapporto o stato giuridico *nuovo*. Si è osservato che in alcuni casi, il diritto, invece di ricollegare effetti giuridici a condizioni di fatto esistenti all'infuori del processo, li ricollega invece per la prima volta alla sentenza del giudice. Ciò avviene, ad esempio, per la separazione personale tra i coniugi e per il divorzio (nelle legislazioni che lo ammettono), per l'annullamento di certi atti e negozi giuridici, per la revoca e la risoluzione di altri. In questi casi " la pronuncia del giudice non si accontenta di riconoscere una conseguenza giuridica già verificatasi, ma essa stessa coopera alla formazione di rapporti giuridici concreti. Qui la sentenza non constata, quello che è già, ma fonda qualche cosa di nuovo, prima non esistente. Essa ha in questo senso valore non puramente dichiarativo, ma *costitutivo* " (17). Donde una terza categoria di sentenze, da aggiungersi alle due già conosciute, quella delle sentenze *costitutive* (18).

---

(17) **Kisch**, *Beiträge zur Urteilslehre*, pagg. 10, 45 e segg.

(18) Accenni espliciti a sentenze costitutive si hanno già in **Wach**, *Handbuch*, pag. 12 — in **Hölder**, *Pandekten*, pag. 337 (" noi dobbiamo distinguere dalle azioni di prestazione quelle azioni, il cui oggetto è un mutamento dei rapporti giuridici esistenti da compiersi per opera del giudice ") — in **Oekter**, *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, Stuttgart, 1891, pag. 579 — in **Kipp**, *Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen*, Kiel und Leipzig, 1892, pagg. 56 e segg. Il concetto si determina ancor più in **Schmidt**, *Lehrbuch*, pag. 527, che adopera appunto la terminologia oggi più comunemente accettata (" in tutti questi casi la decisione ha un'efficacia *costitutiva* "). — **Langheineken** è il primo a dare una diffusa trattazione delle azioni tendenti a mutamenti dei rapporti giuridici o *azioni di produzione* (*Bewirkungsklagen*), come egli le chiama, e delle *sentenze produttive* (*Bewirkungsurteile*), v. *Urteilsanspruch*, pag. 93 e segg., 220 e segg. Dopo di lui, la letteratura sul tema diventa ricchissima. Particolare importanza (come sarà notato nel testo) hanno gli scritti di **Helwigg**, *Anspruch und Klagrecht*, Jena, 1900, pagg. 116 e segg., 443 e segg. — *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901, pagg. 1 e segg; *Lehrbuch*, pagg. 47 e segg., pag. 232 e segg., pagg. 393 e segg. — V. inoltre, **Gaupp-Stein**, *Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich*, Tübingen und Leipzig, 1901-1902, I, pagg. 511 e segg.; — **Stein**, *Das Civilprozessrecht*, nella *Birkmeyer's Encyclopädie*, pagg. 1173; — *Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes*, pag. 142 e segg.; — **Kisch**, *Beiträge zur Urteilslehre*, pagg. 45 e segg.; **Schneider**, *Das Urteil als Ersatz von Willenserklärungen*, Tübingen, 1903, pagina 36 e segg.; — **Kleinfeller**, *Lehrbuch*, pagg. 216 e 265. Per la dottrina italiana, v. più oltre, nota 24.

Il merito di avere con precisione e completezza elaborato la costruzione giuridica di questa nuova categoria di sentenze spetta all'HELWIGG. L'HELWIGG ricollega le sentenze costitutive ai *diritti del potere giuridico* (*Rechte des rechtlichen Könnens*) o *diritti potestativi*. In varî modi — egli osserva — può esplicarsi il diritto che alcuno abbia al mutamento di un rapporto giuridico esistente. Il mutamento può avvenire: 1° mediante dichiarazione unilaterale e stragiudiziale di volontà dell' avente diritto; 2° mediante una sentenza emanata su richiesta dell'avente diritto presentata in via di azione; 3° mediante una dichiarazione di volontà dell' avversario, il cui rilascio l'altra parte può sollecitare. In quest' ultima ipotesi si tratta di una *pretesa* ad una prestazione dell'avversario, e la sentenza che pronuncia su di essa è una sentenza di condanna (19). Negli altri due casi siamo in presenza di diritti del potere giuridico, diversamente regolati nel modo di esercizio. Di solito, per l'esercizio di uno di tali diritti basta una dichiarazione di volontà del titolare, la quale produce senz'altro il mutamento nello stato giuridico, a cui questi ha diritto. Ma in altri casi il mutamento deve essere perseguito *in via di azione*: ciò importa che la sola dichiarazione del titolare non basta, ma occorre anche che quel mutamento sia pronunciato da una sentenza giudiziale, col cui passaggio in cosa giudicata si realizza il diritto privato al mutamento dello stato giuridico (20). In questi casi, in cui il diritto del potere giuridico o diritto potestativo deve essere esercitato in via di azione, vi è un *diritto di azione* che ha per oggetto l'emissione di una *sentenza costitutiva* (21). Per l' HELWIGG, " gli atti giurisdizionali, coi quali gli organi del potere statuale adempiono al còmpito del processo civile, cioè l'attuazione della tutela del diritto privato, sono o atti di accertamento, o atti di formazione giuridica. Quelli contengono una dichiarazione sulla esistenza o non esistenza del rapporto giuridico, che forma oggetto del giu-

---

(19) **Helwigg**, *Anspruch und Klagrecht*, pagg. 445 e segg., ecc.; *Lehrbuch*, pag. 49.
(20) **Helwigg**, *Lehrbuch*, pag. 237.
(21) **Helwigg**, *Anspruch*, pag. 460; *Lehrbuch*, pagg. 48-49 e 394.

dizio; gli atti di formazione giuridica invece possono mutare preesistenti condizioni di diritto civile o processuale, possono produrre nuovi effetti giuridici, nei quali essi dànno vita a rapporti giuridici, o mutano sostanzialmente o tolgono totalmente di mezzo quelli esistenti „ (22). A questa seconda categoria di atti apparterrebbe la sentenza costitutiva, mentre alla prima apparterrebbero le varie forme della sentenza dichiarativa. Invece dell'antica contrapposizione delle sentenze di accertamento a quelle di condanna, se ne crea una nuova tra sentenze dichiarative da una parte e sentenze costitutive dall'altra (23).

**55.** Malgrado il crescente favore con cui, quasi senza contraddizione, la nuovissima categoria di sentenze è stata accolta dalla dottrina tedesca e italiana (24), noi dichiariamo nettamente, che, come abbiamo respinto per la sua improprietà tecnica il concetto di una categoria di diritti consistente nella pura *facoltà di produrre un effetto giuridico (diritti del potere giuridico* o *diritti potestativi)*, così respingiamo come improprio e infruttuoso il concetto di una categoria di sentenze, la cui funzione non consista

---

(22) **Helwigg**, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, pag. 1.

(23) Cfr. **Kisch**, *Beiträge zur Urteilslehre*, pag. 11.

(24) Per la dottrina tedesca, v. le citazioni fatte alla nota 18. Fra le pochissime voci discordi noto quella del **Kohler**, *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, XXIX (1901), pag. 9 (" Es ist überhaupt unrichtig, von Konstitutivurteilen zu sprechen „) e del **Weismann**, *Lehrbuch*, pag. 231, testo e nota 2. In Italia il nuovo concetto ha fatto lo stesso rapido cammino che in Germania. Lo accolsero: **De Palo**, *Teoria del titolo esecutivo*, pag. 101; — **Chiovenda**, *L'azione*, pag. 116-118 in nota (ma vedi le giuste riserve che fa a pag. 116-118, nel testo: " anche in questo caso il diritto e l'azione sono distinti e la sentenza non fa che attuare diritti preesistenti, e assume carattere produttivo solo della natura del diritto che attua „); — **Cammeo**, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1905 (estr. della *Giurisprudenza italiana*, pagine 16, 38 e segg.), dove la dottrina della sentenza costitutiva, dal punto di vista del diritto italiano, è esposta in una precisa e lucida sintesi. Contro il concetto di una sentenza costitutiva si è pronunciato invece il **Diana**, *La giurisdizione volontaria*, pagg. 65 e segg. (non converrei però nella sua conclusione che " la sentenza è sempre dichiarativa del diritto, *comunque differisca nel suo risultato* „ (pag. 71): se la sentenza non ha altra *funzione* che l'accertamento del diritto, il suo *risultato* non può essere che questo accertamento).

nell'*accertamento* del diritto, ma nel *mutamento* dei rapporti giuridici esistenti *(sentenze costitutive)*.

Indubbiamente, è esatto il modo con cui l'Helwigg ha posto il problema. Una sentenza costitutiva non è pensabile, se non in quanto, avendo un privato il semplice diritto ad un determinato effetto giuridico, l'ordinamento giuridico non permette che questo effetto si produca, senza una pronuncia del giudice. La stretta connessione tra il concetto della sentenza costitutiva e quella di un diritto puramente potestativo, trascurata dagli scrittori antecedenti, è innegabile, ed è merito dell'Helwigg l'averla rilevata (25). Ma questa connessione, pur necessaria se si voglia, in qualche modo, giuridicamente costruire la categoria delle sentenze costitutive, è anche la prova della improprietà e inesattezza del concetto. Notammo già che un diritto subiettivo, il quale, mancando dell'elemento della *pretesa*, si esaurisca nella semplice *facoltà* di produrre un determinato effetto giuridico, non è concepibile, perchè non è, in generale, concepibile, non solo una norma *giuridica*, ma una *norma* qualunque, che stabilisca solo un *diritto*, senza il corrispondente *dovere*. Notammo anche che il preteso *diritto* ad un effetto giuridico non è che una semplice *facoltà* compresa nel diritto o nei diritti, in cui questo effetto giuridico si risolve, rispetto a colui, che avrebbe interesse alla sua produzione. L'esercizio del così detto diritto potestativo o diritto del potere giuridico, è già esercizio di questo diritto o di questi diritti, che esistono, sebbene *latenti*, già avanti l'atto, che ne è la prima manifestazione. Ora può darsi benissimo, che, per motivi di utilità sociale, l'ordinamento giuridico subordini l'esercizio di qualcuno di tali *diritti latenti* ad una pronuncia del magistrato, che ne accerti previamente l'esistenza. Non è dunque alla sentenza che, anche in questi casi, si ricollega la nascita del rapporto o del complesso di rapporti giuridici: questi

---

(25) La connessione tra il concetto della sentenza costitutiva e quello del diritto potestativo, è rilevata anche dal **Chiovenda**, *L'azione*, pagg. 116-117 in nota: " Ma la chiara sistemazione di questa categoria oltremodo numerosa di sentenze, e particolarmente la loro conciliazione dogmatica colla natura della giurisdizione contenziosa, ci sembra siasi ottenuta col riconnetterle alla categoria dei diritti del potere giuridico o potestativi „.

preesistevano già, sebbene latenti, e la sentenza, anche in questo caso, non adempie che ad una funzione di semplice accertamento. L'accertamento giudiziale ha, certo, qui, una particolare importanza, perchè non solo prepara l'esecuzione, non solo rende incontestabile l'esistenza del rapporto, ma è anche condizione, perchè il titolare del diritto o dei diritti in cui il rapporto consiste, possa esercitare le altre facoltà in essi comprese. Ma, perchè il titolare del diritto ha facoltà, *quando vuole*, di ottenere questo accertamento, e così di esercitare il diritto, è chiaro che il diritto, e quindi il rapporto, *preesistono* all'accertamento. La circostanza che un diritto debba essere accertato previamente dal giudice, perchè il titolare possa esercitarlo, non implica affatto che il diritto sorga soltanto colla emanazione della sentenza: nell'intero campo del diritto penale è questa una regola quasi assoluta, perchè lo Stato non può esercitare il suo diritto di punire come diritto sulla persona del reo (26), se non è intervenuta una decisione giudiziale che ne accerti l'esistenza nel caso concreto (27): eppure nessuno dubita che il diritto di punire dello Stato preesista alla sentenza, e che questa si limiti ad *accertarlo*.

**56.** Alla stessa conclusione si perviene, anche partendo da un altro punto di vista. Se la sentenza costitutiva presuppone il *diritto ad un mutamento nello stato giuridico,* cioè alla nascita, modificazione od estinzione di rapporti o complessi di rapporti giuridici, essa implica senza dubbio un *accertamento dell'esistenza* di questo diritto, e del suo *esercizio* nel caso concreto, il quale avviene colla domanda giudiziale; giacchè nelle azioni tendenti a mutamenti giuridici, si ha appunto l'esercizio di un diritto del potere giuridico “ in via di azione „ (28). Ma, se la decisione del giudice,

---

(26) Che la facoltà di punire sia un vero *diritto subiettivo* dello Stato e non un semplice *potere di fatto*, è stato rilevato da **Rocco** (Arturo), *Il diritto subiettivo di punire*, negli *Studi in onore di* **Vittorio Scialoia**, Milano, 1904, I, pag. 499 e segg.

(27) L'osservazione è stata già fatta nel Capitolo I, nn. 3 e 7. Cfr. anche **Bülow**, *Klage und Urteil*, pag. 79.

(28) **Helwigg**, *Lehrbuch*, pag. 237.

ha *accertato l'esistenza* e *l'esercizio* di un diritto ad un determinato effetto giuridico, è evidente che l'effetto giuridico che si verifica, deriva *dall'esercizio di quel diritto*, accertato giudizialmente, e *non dall'accertamento*. Infatti: *a)* a che si ridurrebbe il *diritto* del privato all'effetto giuridico, se, viceversa, l'effetto giuridico derivasse non dall'esercizio di quel diritto, ma dalla pronuncia del giudice? Il diritto all'effetto giuridico spetterebbe al giudice, non già al privato: il che è evidentemente assurdo e contradetto dalla stessa costruzione della teorica, che assegna come presupposto alla sentenza costitutiva un diritto del potere giuridico; *b)* dato l'esercizio di un diritto ad un effetto giuridico, il suo accertamento giudiziale non crea l'effetto giuridico, ma *accerta contemporaneamente l'avvenuto* effetto giuridico. Nei casi, in cui si ricorre al concetto della sentenza costitutiva, si ha un diritto a un effetto giuridico, che, per ragioni di utilità sociale, l'ordinamento giuridico non permette sia soddisfatto per spontaneo assoggettamento dell'obbligato, ossia per spontaneo riconoscimento degli effetti del suo esercizio: si ha un diritto, sempre *a priori*, incerto che abbisogna sempre di accertamento giudiziale. Questa e non altra è la situazione. Ma ciò significa che l'accertamento giudiziale è *condizione perchè l'esercizio del diritto all'effetto giuridico produca l'effetto giuridico,* non già che l'accertamento giudiziale *produca esso l'effetto giuridico*. Al momento in cui l'accertamento ha luogo, l'esercizio del diritto *produce* già l'effetto giuridico, e l'accertamento rimane un elemento prettamente estraneo e superfluo relativamente al verificarsi dell'effetto. Solo, avendo la sentenza accertato il concorso di *tutte* le condizioni per il sorgere dell'effetto, essa implicitamente ha accertato anche l'effetto. Ma *accertare* le condizioni per il verificarsi di un dato effetto giuridico, e quindi lo stesso effetto giuridico, non significa *essere causa* di questo effetto giuridico. Anche dunque, partendo dal concetto, per noi erroneo, che esista un diritto ad un effetto giuridico, distinto dal diritto o dai diritti, in cui consiste questo effetto riguardo ad una data persona, si deve negare che la sentenza, la quale accerta l'esistenza e l'esercizio di quel diritto, e quindi anche l'effetto giuridico, abbia una funzione diversa dall'*accertamento* di un concreto rapporto giuridico o complesso di rapporti giuridici.

**57.** La concezione di una categoria di sentenze *costitutive* conduce di necessità *a negare l'autonomia sostanziale della funzione giurisdizionale*: essa implica, in fondo, l'affermazione che l'attività giurisdizionale non ha una *caratteristica sostanziale* sua propria di fronte alle altre forme di attività statuale, specialmente di fronte all'amministrativa; che ad essa manca una *materia* sua propria, la quale, per sua natura, possa formare oggetto della attività giurisdizionale e non di altre; che infine la distinzione tra giurisdizione e amministrazione è una distinzione di *organi* e non di *funzioni*. Se, infatti, esiste una categoria di sentenze civili, le quali non si limitano ad *accertare* rapporti giuridici, ma *creano rapporti giuridici nuovi*, ciò significa che la funzione giurisdizionale non ha per compito la *realizzazione* dei rapporti esistenti mediante accertamento ed esecuzione forzata; che essa non si propone di *accertare* la tutela giuridica spettante a un concreto interesse, o di soddisfare un interesse la cui tutela giuridica sia certa (casi tutti, in cui si presuppone *già esistente* il rapporto giuridico), ma che, invece, compito dello Stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale è quello di *creare* rapporti giuridici, ossia di *procurare*, colla propria attività, la tutela giuridica a determinati interessi. Ora ciò equivale precisamente a negare ogni diversità di oggetto alla funzione giudiziaria, di fronte alla amministrativa, ed anche alla legislativa, e a tornare al vecchio criterio di distinzione, basato unicamente sulla diversità dell'*organo*: criterio che, a suo tempo, abbiamo respinto come insufficiente e inesatto (29). E che questa sia proprio la conseguenza a cui il concetto della sentenza costitutiva conduce, ci è confermato indirettamente da uno dei fautori del concetto, il KISCH, il quale confessa essere, per il concetto della sentenza costitutiva, indifferente che l'effetto, a cui deve condurre la sentenza, possa, *de lege ferenda*, essere ottenuto anche mediante un atto della giurisdizione volontaria; solo, di regola, — egli aggiunge — deve darsi la preferenza alla forma contenziosa, quando si tratti di un rapporto a cui partecipino almeno due persone, i cui interessi siano o possano

---

(29) V. sopra, Cap. I, n. 4, specialmente nota 11.

essere in collisione, ma vi sono anche casi, in cui non esistono criterî sostanziali per decidere se un determinato affare debba attribuirsi piuttosto alla giurisdizione volontaria che alla contenziosa (30). Ciò è la negazione di ogni criterio *sostanziale* di distinzione tra giurisdizione volontaria e contenziosa, ossia, in ultima analisi, è la negazione di ogni caratteristica *sostanziale* della funzione giurisdizionale civile di fronte alle altre funzioni dello Stato. La verità è, invece, che, nella così detta giurisdizione volontaria, si ha, realmente, un intervento dello Stato nella *formazione* dei rapporti giuridici privati, sebbene, anche qui, lo Stato intervenga con un elemento *puramente estrinseco*, mentre l'effetto giuridico si ricollega sempre ad una dichiarazione privata di volontà (31). Ma nei casi, in cui l'esercizio di un *diritto latente* presuppone un previo accertamento giudiziale, ogni possibilità di un intervento dello Stato nella formazione del rapporto è esclusa dal fatto che non soltanto non vi è bisogno di una *dichiarazione di volontà dello Stato* per dar vita al rapporto, ma neanche di una *dichiarazione privata di volontà*, che debba esser approvata dallo Stato. Mentre, in materia di giurisdizione volontaria, occorre sempre una dichiarazione privata di volontà perchè il rapporto sorga (preceda essa o sussegua l'atto d'intervento dello Stato), in materia di accertamento di diritti latenti nessuna dichiarazione di volontà privata è necessaria per far sorgere il rapporto, perchè questo è sempre *già sorto*, in base ad un *altro fatto giuridico*, che non viene in questione.

58. Adunque anche la così detta sentenza costitutiva, rientra sotto il concetto generale della sentenza, da noi posto, come atto di *accertamento* di un concreto rapporto giuridico. Nessuna differenza di *funzione* esiste tra la sentenza costitutiva e le altre specie di sentenze: quello che in essa è diverso è soltanto l'*oggetto* della decisione, ossia il *rapporto giuridico* che viene accertato come esistente. Tale oggetto ha questo di speciale: che è un rapporto, il quale si potrebbe chiamare *latente*, perchè esiste bensì prima della

---

(30) **Kisch**, *Beiträge zur Urteilslehre*, pag. 60-62.
(31) V. sopra, n. 4, nota 16.

sentenza, tanto che l'interessato può farlo valere *sempre che a lui piaccia*, ma ha bisogno, per la sua attuazione, volontaria o forzata, di un previo accertamento giudiziale.

**59**. E che si tratti di una differenza di *oggetto* e non di *funzione*, è dimostrato anche da un'altra circostanza. Man mano che lo studio delle varie categorie di sentenze si allarga e si approfondisce, alle categorie di sentenze già conosciute se ne vanno aggiungendo altre nuove. E, mentre i primi studî scientifici sul nostro tema avevano per risultato la ripartizione delle sentenze in due categorie: sentenze di *condanna* e sentenze di *accertamento*, affermata la esistenza di una terza categoria di sentenze: le *sentenze costitutive* (e ciò non in base alla diversità della *funzione* esercitata, ma dell'*oggetto* del giudizio logico), non vi era alcuna ragione per arrestarsi nella via delle distinzioni e suddistinzioni. Infatti il Kisch, alle tre categorie di sentenze conosciute, ne aggiunge altre tre: le sentenze *dissolutive* o *risolutive (auslösende Urteile)*; le sentenze *determinative (festsetzende Urteile)*; le sentenze che stabiliscono il modo di prestazione degli alimenti, di cui al § 1612, n. 1°, Codice civile germanico. Si avrebbe una sentenza *risolutiva* quando il diritto obiettivo, per dar luogo a un determinato effetto giuridico, combina insieme fatto e sentenza: particolarmente nel caso che un fatto giuridico materiale manchi di alcuni requisiti di validità, e sia perciò di per sè incapace di produrre il suo normale effetto giuridico, ma la legge, per ragioni di opportunità, prescinda dalla sua inefficacia, finchè questa non sia stata affermata espressamente mediante una sentenza del giudice: in questo caso l'effetto giuridico preesiste alla sentenza, e questa si limita a togliere di mezzo gli ostacoli che impediscono di fare valere la inefficacia (32). Si avrebbe invece una sentenza *determinativa* quando il diritto obiettivo, in luogo di far determinare la misura di una prestazione da circostanze esistenti all'infuori del processo, ne rimette al giudice la determinazione: la funzione della sentenza in questo caso

(32) **Kisch**, *Beiträge*, pagg. 85 e segg.

non è quella di formare un nuovo rapporto giuridico (come nella sentenza costitutiva) e neppure di accertare un rapporto giuridico già esistente completo in tutti i suoi elementi (come nella sentenza dichiarativa), ma di *completare* un rapporto giuridico già esistente, sebbene non determinato in tutti i suoi elementi (33). Infine un tipo tutto speciale di sentenza sarebbe quella del § 1612, n. 1°, Codice civile germanico, con la quale il giudice determina se la prestazione degli alimenti debba essere fatta diversamente che in danaro: in questo caso la funzione della sentenza è quella di *sostituire* alla prestazione in danaro, considerata dalla legge come normale, un' altra prestazione; si tratterebbe quindi — secondo Kisch — di un caso, in cui il legislatore in modo cosciente prevede la possibilità della *correzione* di una sua disposizione e affida al giudice l' incarico di effettuarla mediante una sentenza (34).

Queste tre categorie di decisioni sono certo distinte, e non si può dire che la distinzione sia del tutto priva di fondamento. Ma, chi ben guardi, anche qui la distinzione non ha per base la *diversità di natura e di funzioni,* ma la diversità dell'*oggetto* della pronuncia. Nelle così dette sentenze *risolutive*, il rapporto da accertare è *latente*; esso esiste, malgrado il fatto o stato giuridico viziato da cause di inefficacia o illegittimità, appunto per l'esistenza di queste cause: la sentenza, anche qui, ha una pura funzione di accertamento; solo che l'accertamento cade sopra rapporti di natura speciale. Nelle sentenze *determinative* oggetto dell'accertamento è un rapporto, di cui qualche elemento non è ancora *determinato*, ma è *determinabile* secondo certe circostanze estrinseche, le quali si impongono al giudice; anche qui dunque il suo ufficio è quello di *accertare* qualche cosa di esistente all' infuori di lui. La grande difficoltà confessata dallo stesso Kisch (35), di distinguere la sua sentenza *determinativa* da certe sentenze dichiarative, in cui il giudice deve determinare qualche elemento del

(33) **Kisch**, *Beiträge*, pagg. 110 e segg.
(34) **Kisch**, *Beiträge*, pagg. 140 e segg.
(35) *Beiträge*, pagg. 124 e segg.

rapporto in base a dati prestabiliti, è prova che una distinzione tra i due casi è, concettualmente e praticamente, impossibile. Poichè neppure nella così detta sentenza determinativa, la determinazione avviene secondo il *libero apprezzamento* del giudice, ma secondo il suo *giusto* o *equo apprezzamento* (36), anche qui si ha un *accertamento*: solo che l'accertamento non è fatto secondo una norma precisa di legge, ma secondo l'*equità*, cioè secondo il *diritto del caso singolo*, quindi sempre secondo qualche cosa che esiste all'infuori del giudice e preesiste al processo e alla sentenza (37). Quanto infine alla sentenza del § 1612 Cod. civ. germ., anch'essa non ha di particolare che l'*oggetto*, ossia il *rapporto*, su cui pronuncia, che è un' obbligazione, la quale può divenire *facoltativa* quando concorrano ragioni speciali che giustifichino questa trasformazione, ragioni da *accertarsi* mediante una pronuncia del giudice: adunque la sentenza, di per sè, anche in questo caso, adempie a una funzione di semplice accertamento. Nel caso analogo dell'articolo 145 Cod. civ. it., abbiamo invece una obbligazione *alternativa*, che può divenire semplice, quando le circostanze del caso, anche accertate giudizialmente, lo giustifichino.

Queste ulteriori distinzioni delle sentenze sono tutte giustificate, se si assume come criterio distintivo il *rapporto* su cui pronunciano, ma sono ingiustificate dal punto di vista della *funzione* che esse adempiono, la quale è, in tutti questi casi, la stessa: una funzione di *accertamento* del diritto nel caso concreto. Dal punto di vista dell'*oggetto* poi, le distinzioni e suddistinzioni possono moltiplicarsi all'infinito, perchè infinita è la varietà dei rapporti, che possono formare oggetto di una sentenza. La stessa facilità con cui si vanno trovando nuove categorie di sentenze, dimostra che siamo appunto in questo campo, e non in quello delle *funzioni* che la sentenza, come tale, adempie.

---

(36) V. lo stesso **Kisch**, *Beiträge*, pag. 124.

(37) Casi in cui il giudice deve decidere secondo le circostanze ve ne sono anche nel diritto italiano (v. art. 144, 154, 516, 544, 569, 574, 578, 656, 681, 1173 Cod. civ.): e anche per questi casi si deve ripetere che gli elementi, in base ai quali il giudice deve emettere il suo giudizio, preesistono alla sentenza, la quale pertanto, anche qui, ha un valore *dichiarativo*, non *costitutivo*.

60. La riprova della esattezza di quanto si è fin qui detto è data dal fatto, che dovunque si è voluto vedere, nel sistema del diritto positivo nostro (che più particolarmente ci interessa), una sentenza costitutiva, in realtà, la sentenza esercita una funzione di *accertamento* di un rapporto o stato giuridico esistente, e non crea mai rapporti o stati giuridici nuovi (38).

Sgombriamo anzitutto il terreno da alcuni casi, in cui non solo non si tratta di *sentenze costitutive*, ma neppure di *sentenze*, perchè siamo, invece, di fronte ad atti del giudice, nell'esercizio della così *volontaria giurisdizione* (39): così nei casi degli art. 67 Codice civile (autorizzazione a contrarre matrimonio al figlio, nell'ipotesi di ingiusto rifiuto da parte degli ascendenti, del consiglio di famiglia o di tutela), 136 (autorizzazione alla moglie a fare gli atti di cui all'art. 134, in caso di ingiusto rifiuto del marito, di opposizione d'interessi, di separazione per colpa della moglie, o di ambedue i coniugi, o per mutuo consenso).

Da escludersi assolutamente dal novero delle sentenze costitutive, anche secondo la dottrina tedesca più recente, sono le sentenze che *condannano al rilascio di una dichiarazione di volontà*, anche ammettendo, come è in diritto tedesco, che la sentenza basti a tener luogo della dichiarazione di volontà (40). In questo caso

---

(38) In questo esame terremo presente in modo particolare la trattazione del **Cammeo**, *L'azione del cittadino*, pag. 38 e segg., che è l'unico scrittore, il quale studi il problema della distinzione delle sentenze in *costitutive*, di *condanna* e di *accertamento*, specialmente dal punto di vista del diritto positivo italiano.

(39) Cfr. **Cammeo**, *L'azione del cittadino*, pag. 40, nota 5.

(40) La dottrina tedesca meno recente annoverava tra le sentenze costitutive quella di cui al § 779 (ora 894) dell'ordinanza processuale (condanna al rilascio di una dichiarazione di volontà): così **Kipp**, *Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen*, Kiel und Leipzig, 1892, pag. 16 e segg. — **Schmidt**, *Lehrbuch*, pag. 527 — **Langheineken**, *Urteilsanspruch*, pag. 252 e segg. — Nella letteratura più recente invece prevale l'opinione contraria, che cioè la sentenza del § 894 (già 779) non sia una sentenza costitutiva, ma una sentenza di condanna, che presenta alcune particolarità solo riguardo all'esecuzione: v. **Falkmann**, *Die Zwangsvollstreckung*, Berlin, 1899, pag. 97; — **Helvigg**, *Anspruch und Klagrecht*, pag. 445-459 (con una esauriente dimostrazione); *Lehrbuch*, pag. 232, nota 4 — **Kisch**, *Beiträge zur Urteilslehre*, pagg. 36 e segg. — **Schneider**, *Das Urteil als Ersatz von Willenserklärungen*, Tübingen, 1903, pagine 38 e segg.; — **Weismann**, *Lehrbuch*, pag. 57, sub II, e 231.

si ha una semplice sentenza di condanna: l'effetto particolare che essa produce, secondo il § 894 dell'ordinanza germanica (la dichiarazione di volontà si ha come rilasciata col passaggio in giudicato della sentenza), non è che una forma particolare di esecuzione. Per questa specie di sentenze l'esecuzione forzata non consiste in un atto esterno dell'organo esecutivo, perchè tale atto non è necessario, bastando, per lo scopo della esecuzione, una *finzione*, per la quale la dichiarazione di volontà si ritiene come rilasciata.

Gli altri esempî addotti di sentenze costitutive si possono così raggruppare:

*a)* sentenze che *revocano* negozî giuridici (es.: art. 1235 Codice civile, 708, 709 Cod. comm.);

*b)* sentenze che *annullano* atti o negozî giuridici (es.: art. 105, 1038, 1300 Cod. civ., 163, 842 Cod. comm.);

*c)* sentenze che *risolvono* o *rescindono* negozî giuridici (es.: articoli 1165, 1308, 1441-1442 Cod. civ., 99, 843 Cod. comm.);

*d)* sentenze che *fanno venir meno taluni particolari effetti* di atti o negozî giuridici (es.: art. 148, 1418 Cod. civ.);

*e)* sentenze che *attribuiscono a taluno certi diritti*, a cui questi *aveva diritto*, o producono la *risoluzione* o la *modificazione* di un rapporto giuridico, a cui taluno pure *aveva diritto* (es.: art. 516, 555, 556, 593, 598, 600 e 603, 681 ult. cap., 1264, 1617, 1884, 2024 e segg., 2059 Cod. civ.).

Ma in tutti questi casi, e in altri simili che si potrebbero enumerare, la sentenza non ha una funzione diversa da quella che le abbiamo assegnata come essenziale: l'*accertamento* dei rapporti giuridici concreti. Nei casi sub *a*, *b*, *c*, *d*, si tratta di negozî o, in genere, di atti giuridici, i quali o per cause *originarie* e inerenti all'atto stesso, o per cause *sopravvenute*, sono totalmente o parzialmente, assolutamente o relativamente, incapaci di produrre gli effetti giuridici, che ad essi normalmente si riconnettono: la sentenza non fa che *accertare* questa incapacità e, con essa, l'esistenza dei *diritti latenti*, di cui l'esistenza, sebbene precaria, di quegli atti, impediva formalmente l'esercizio. Nei casi sub *e* la posizione è analoga: anche qui non si tratta di *costituire* qualche cosa di nuovo, ma di *dichiarare* qualche cosa di preesistente. Dei casi ivi enu-

merati alcuni concernono diritti latenti, il cui esercizio dipende dalla *semplice volontà* del titolare, e che perciò si presentano al giudice, dopo la domanda giudiziale non solo come *preesistenti*, ma come *attuali* e *perfetti* (es.: art. 555, 556, 593, 598, 600 Cod. civ.). Altri casi riguardano diritti latenti, il cui esercizio è subordinato a una previa dichiarazione di volontà del titolare, da accertarsi giudizialmente: qui la sentenza accertando la dichiarazione, accerta il diritto (es.: art. 1617, 1884, 2059 Cod. civ.). Altri casi infine riguardano diritti latenti, i quali trovano ostacoli nel loro esercizio in uno stato di diritto, che può essere fatto cessare o modificare per dichiarazione di volontà del titolare, anche qui da *accertarsi* giudizialmente (es.: art. 516, 2024 e segg. Cod. civ.); qui pure la sentenza, accertando l'esistenza delle condizioni per la cessazione o il mutamento dello stato giuridico, accerta l'esistenza di quei diritti.

Resta così provato ancora una volta che le particolarità delle così dette sentenze costitutive riguardano l'*oggetto*, non la *funzione* della sentenza.

CAPITOLO V.

## Classificazione delle sentenze.

**Sommario:** 61. Varî criteri di classificazione delle sentenze: si esclude quello della funzione. — 62. Sentenze di accertamento e sentenze di condanna: critica delle opinioni dominanti circa la distinzione tra le une e le altre — 63. Nostra distinzione. — 64. Sentenze che pronunciano su rapporti materiali e sentenze che pronunciano su rapporti processuali. — 65. Sentenze finali e sentenze interlocutorie. — 66. Sentenze impugnabili e sentenze non impugnabili: forza legale processuale (passaggio in giudicato) e forza legale materiale (autorità di cosa giudicata) delle sentenze. — 67. Sentenze esecutive e sentenze non esecutive. — 68. Altre distinzioni delle sentenze.

**61.** Dal fin qui detto ci è possibile oramai desumere gli elementi per la classificazione delle sentenze. Anche delle sentenze tante distinzioni sono possibili, quanti sono i criterî, che si pongono a base della distinzione, quanti cioè sono gli elementi *variabili*, contenuti nel concetto di sentenza. Naturalmente, non tutte le distinzioni possibili hanno la stessa importanza scientifica e pratica: noi ci limiteremo qui a far cenno delle più rilevanti, dall'uno o dall'altro punto di vista.

Cominciamo dal notare che la *funzione* della sentenza non ci può fornire nessun criterio di classificazione: essa è un elemento *costante* in ogni sentenza, e non *variabile*, perchè è inerente alla stessa sua natura, come atto della intelligenza del giudice. Ogni sentenza, *come tale*, non è e non può essere altro che un giudizio logico sul-

l'esistenza o non esistenza di un rapporto o di un complesso di rapporti giuridici (1).

62. Un criterio di distinzione ci offre invece la circostanza, che il giudizio logico si trovi *solo*, oppure accompagnato da qualche altro elemento. Abbiamo notato più volte come, in alcune specie di sentenze, al *giudizio logico* è associato un *atto di volontà* del giudice: all'*accertamento* del concreto rapporto giuridico, un *ordine*, diretto all'obbligato, di realizzarlo. Donde la distinzione tra *sentenze pure e semplici* o *sentenze di semplice accertamento* e *sentenze preparatorie della esecuzione* o *sentenze di condanna*. Ciò che abbiamo detto altrove intorno alla natura e alla funzione della sentenza ci dispensa dall'intrattenerci troppo lungamente sulla questione, assai dibattuta nella dottrina processualistica, della distinzione tra *sentenze di accertamento* e *sentenze di condanna*.

Dobbiamo, anzitutto, in conseguenza di quanto si è più sopra stabilito circa la natura della sentenza, respingere l'opinione del DEGENKOLB, che una distinzione concettuale tra sentenza di accertamento e sentenza di condanna non sia possibile, perchè nell'una e nell'altra si riscontrano egualmente i due elementi dell'*accertamento* e del *comando*, e che, perciò, alla distinzione si può assegnare un fondamento ed un valore puramente storico (2). L'elemento del comando, nella sentenza di accertamento, deve essere totalmente

---

(1) Ciò è dimostrato anche dal fatto che tutte le differenze di funzione, che si sono volute riscontrare nelle sentenze, si riferiscono esclusivamente alle sentenze di *accoglimento*, non a quelle di *rigetto* della domanda: per quest'ultime nessuno ha mai dubitato che la funzione fosse sempre la medesima: l'*accertamento* del rapporto. Perciò il **Kisch**, *Beiträge zur Urteilslehre*, pag. 14, distinguendo le sentenze di accertamento da quelle di condanna, dichiara di *prescindere* dalle sentenze di rigetto dell'azione, che hanno sempre lo stesso carattere (anche, dunque, quando l'azione tendeva a una così detta sentenza costitutiva!). Ma è facile osservare che non è esatto assegnare come funzione, sia pure variabile, ad una determinata attività, le diverse forme che essa può assumere per conseguire lo scopo a cui è diretta. La funzione di un'attività essendo data dallo scopo o risultato che si vuol da essa ottenere, si deve potersi sempre determinare *a priori*: altrimenti si scambiano col *fine* i *mezzi*, di di cui ci si serve per conseguirlo.

(2) **Degenkolb**, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, pag. 144-146.

escluso, perchè essa realizza il tipo genuino della sentenza, che, in sè, non è un *atto di volontà*, ma un *giudizio logico* sulla esistenza o non esistenza di un rapporto (3). Invece l'elemento del comando concorre, associato al giudizio logico, nella sentenza di condanna, la quale perciò si presenta come una *preparazione dell'esecuzione.* Che fra la sentenza di accertamento e quella di condanna non vi sia nessuna diversità sostanziale, appare subito impossibile, quando si pensi alla diversità di effetti che all'una e all'altra si ricollegano: poichè, mentre la sentenza di accertamento non ha altro effetto che la determinazione incontestabile del concreto rapporto giuridico *(cosa giudicata)*, la sentenza di condanna, oltre a questo effetto, ha anche l'altro, di costituire un titolo per la realizzazione forzata del rapporto accertato *(effetto esecutivo)*. Ora da questa diversità di effetto giuridico, si deve necessariamente argomentare la diversità di causa giuridica, e quindi il concorso, nella sentenza di condanna, di un elemento, che manca in quella di semplice accertamento.

Anche è da rigettarsi l'opinione, per la quale, tra la sentenza di accertamento e quella di condanna non vi è altra diversità che quella derivante dall'*oggetto*, ossia dal *rapporto giuridico accertato*: mentre nella prima può formare effetto della decisione anche un fatto o un rapporto giuridico, nella seconda, solo una pretesa (4). Anche dai fautori di questa dottrina non si nega dunque che può formare oggetto di una sentenza di accertamento *anche una pretesa*; ma allora l'affermata diversità di oggetto fra le due categorie di sentenze viene a mancare, e la questione risorge sul punto: *quando* una sentenza, che pronuncia su una pretesa, sia sentenza di accertamento, e quando, invece, sia sentenza

---

(3) V. più sopra, n[i] 13 e 53.

(4) **Schultze**, *Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*, pag. 149; *Privatrecht und Prozess*, pag. 599; — **Helmann**, *Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch*, nei *Jahrbücher für die Dogmatik des römischen und heutigen Privatrechts*, XXXI, pag. 91; — **Kohler**, *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*, pag. 64; — **Hölder**, *Pandekten*, pagg. 324 e 334; — **Canstein**, *Lehrbuch des österreichischen Civilprozessrechtes*, Berlin, 1893, I, pag. 485; — **Kisch**, *Beiträge zur Urteilslehre*, pagg. 22-23.

di condanna. Si risponde: nella sentenza di accertamento la pretesa è solo accertata *come esistente* o *futura*; in essa si risolve soltanto la questione dell'*esistenza* attuale o futura della pretesa; nella sentenza di condanna, invece, la pretesa è accertata *come da soddisfarsi*. " Là — riassume il Kisch — è solo affermata la esistenza della pretesa, qui, colla sua esistenza, anche la necessità del suo soddisfacimento. Là, la sentenza constata un diritto alla prestazione, che, secondo il contenuto della domanda giudiziale, pone soltanto fuori di dubbio, qui constata un diritto, che, oltre a ciò, deve essere ancora soddisfatto " (5). Ma questa distinzione è solo apparentemente una distinzione. Ogni accertamento di una *pretesa* è accertamento dell'*obbligo di soddisfarla*, perchè la pretesa non è che il lato esterno del diritto subiettivo, ed ogni diritto subiettivo implica un obbligo, quindi è naturale che affermare l'esistenza di una pretesa, significa affermare l'esistenza in altri di un obbligo di soddisfarla. Nè si risolve meglio la questione osservando che nella sentenza di accertamento si constata soltanto il diritto, nella sentenza di condanna si constata che deve essere ancora soddisfatto. Se con ciò si intende dire che la sentenza di condanna presuppone la *violazione* del diritto, come credono infatti parecchi autori (6), si dice cosa che, vera nella maggior parte dei casi, non è però *sempre* vera: vi sono infatti casi in cui può darsi sentenza di condanna anche quando la violazione del diritto non è ancora avvenuta (condanna per prestazione futura); come vi sono sentenze dirette a *prevenire* la violazione, che non sono punto sentenze di accertamento (sentenze che concedono provvedimenti conservativi o interinali, per esempio, il sequestro) (7). Se invece non si richiede, nella sentenza di condanna, l'avvenuta violazione del diritto, ma il semplice stato di *non soddisfacimento*, allora si ricade nel difetto

(5) **Kisch**, *Beiträge*, pag. 23. Nello stesso senso, v. anche: **Helmann**, *Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch*, pag. 98; — **Kohler**, *Prozessrechtliche Forschungen*, Berlin, 1889, pagg. 63 e segg.; — **Hölder**, *Pandekten*, pag. 334.

(6) **Wach**, *Feststellungsanspruch*, pagg. 36, 37; — **Schmidt**, *Lehrbuch*, pagina 683.

(7) Cfr. **Chiovenda**, *L'azione*, pag. 84 in nota.

di fare una solo apparente distinzione tra l'una e l'altra specie di sentenze, perchè anche la sentenza di semplice accertamento presuppone il diritto non ancora soddisfatto: l'accertamento di un diritto già soddisfatto non è possibile, per mancanza di interesse nel titolare.

Più esatta delle precedenti è la dottrina che mette in rapporto la sentenza di condanna colla *esecuzione forzata*, e fa consistere la differenza tra le due specie di sentenze in ciò, che dal semplice accertamento non può mai derivare esecuzione forzata, mentre la possibilità di dar luogo alla esecuzione forzata caratterizza la sentenza di condanna (8). Che la distinzione fra le due specie di sentenze vada fatta in rapporto all'esecuzione, è indubitabile; ma affermare che la differenza sta in ciò, che l'una non costituisce, e l'altra costituisce titolo per l'esecuzione forzata, non è ancora risolvere il problema: è fermarsi sulla differenza di *effetti*, non sulla differenza di *natura* della sentenza di accertamento di fronte alla sentenza di condanna. E neppure, sebbene ci si accosti ancora di più alla soluzione esatta, si colpisce nel suo *momento essenziale* la differenza, quando si afferma che, mentre la sentenza di accertamento ha la sola funzione di *rendere certo il diritto*, la sentenza di condanna, ha, *inoltre*, quella di *formare la convinzione degli organi di Stato sulla ulteriore attuabilità del diritto* (9). La semplice *certezza del diritto* derivante dalla sentenza importa, già di per sè, necessariamente, *la convinzione degli organi di Stato sulla sua attuabilità*. La *convinzione* è infatti uno stato psicologico, che consiste nella *coscienza* da parte del subietto conoscente della *conoscenza* acquistata. Ora, acquistata la conoscenza del diritto, per mezzo dell'accertamento, è anche acquistata la conoscenza della sua attuabilità, perchè l'attuabilità del diritto non è qualche cosa che

---

(8) **Löning**, *Die Widerklage in Reichs-Civilprozess*, Berlin, 1881, pagg. 183 e segg.; — **Leonhard**, *Der Anspruchsbegriff des Entwurfs eines bürg. Gesetzbuchs*, nella *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, XV, pag. 353; — **Weismann**, *Lehrbuch*, pag. 57; — **Chiovenda**, *L'azione*, pag. 24 in nota, 83-86 in nota. Anche **Wach**, *Handbuch*, pag. 12, si era accostato a questa opinione, su cui ebbe a ritornare in *Feststellungsanspruch*, pagg. 35 e segg.

(9) **Chiovenda**, *L'azione*, pagg. 24 e 84 in nota.

stia all'infuori di esso, un elemento che possa anche *non coesistere* col diritto, ma è una qualità *inerente* al diritto, che perciò non ha bisogno di essere *conosciuta* separatamente da questo.

**63.** Che la distinzione tra sentenze di accertamento e sentenze di condanna vada fatta in rapporto all' esecuzione, abbiamo già detto, ci sembra non possa essere messo in dubbio. Poichè la differenza pratica sostanziale tra l'una e l'altra specie di sentenze si rivela nei rapporti dell'esecuzione, ciò indica in modo sicuro che, anche concettualmente, è qui che si deve cercare la distinzione. Se la sentenza di condanna dà luogo ad esecuzione forzata, e quella di accertamento non vi dà luogo, ciò significa che nella prima esiste qualche elemento che rende possibile l'esecuzione, il quale manca nella seconda. Tale elemento è la *condanna*, la quale deve considerarsi come una *comminatoria* di esecuzione forzata fatta dal giudice all'obbligato, per il caso di inosservanza dell'obbligo accertato a suo riguardo. Per la natura stessa dell'esecuzione forzata, e per le particolari restrizioni che essa importa alla libertà individuale, la legge non permette che si proceda all'esecuzione se non vi è una *comminatoria espressa di esecuzione forzata, rivolta individualmente all' obbligato dall' organo principale della giurisdizione, cioè dal giudice stesso* (10). Sotto questo punto di vista l'*ordine* contenuto nella sentenza di condanna non è una inutile duplicazione del comando già contenuto nella norma ed accertato nella sentenza: quello che vi è di più e di speciale in quell'ordine, è la *precisa ed individuale comminatoria di esecuzione forzata, in caso di inosservanza* (11). È questa la ragione per cui la sentenza di ac-

(10) Questa comminatoria è superflua nel caso di accertamento convenzionale del diritto per atto pubblico, perchè l'obbligato, avendo *partecipato* all'atto, si presume abbia conoscenza *precisa* e *determinata* del comportamento a cui è tenuto.

(11) Perchè la comminatoria sia seria ed efficace, occorre che essa concerna l'adempimento di un obbligo *possibile* e *coercibile*: per questa ragione la condanna è nell'adempimento *specifico*, quando questo è possibile e *coercibile*; è, alternativamente, nell'adempimento specifico e nell'equivalente economico (risarcimento dei danni) quando l'adempimento specifico è *possibile*, ma non è

certamento non dà luogo alla esecuzione, ma solo ad una azione, per ottenere dal giudice quella speciale comminatoria, che rende possibile l'esecuzione (12).

Resta in tal modo nettamente determinata la distinzione tra sentenza di accertamento e sentenza di condanna: la prima è una pura e semplice *sentenza*, ossia un giudizio logico sulla esistenza o non esistenza di un rapporto o stato giuridico; la seconda è una *sentenza*, a cui è aggiunta una specifica *comminatoria di esecuzione forzata*, rivolta all' obbligato; la prima è puro giudizio logico, la seconda è un giudizio logico più un atto di volontà (13). Ma, in

---

*coercibile*; è, infine, solo nell'equivalente, quando l'adempimento specifico non è possibile (Cfr. **Cammeo**, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, pag. 19 e segg). Del resto questo argomento dell'oggetto della condanna, il quale non è altra cosa che l'oggetto della esecuzione forzata (e si comprende, dato il concetto della sentenza di condanna esposto nel testo), appartiene alla teoria della esecuzione. Per le differenze in proposito tra il diritto germanico e i diritti latini, v. **Menestrina**, *L'accessione nella esecuzione*, Vienna, 1901, pagine 183 e segg.

(12) Quanto è detto nel testo ci dà modo di risolvere la nota questione; se sia possibile condanna ad una *prestazione condizionata* o *futura*. Che una sentenza di *accertamento*, in tal caso, sia possibile, non v'ha dubbio, ma non è accettabile l'opinione per la quale, nel momento in cui la prestazione è dovuta, la sentenza dà adito alla esecuzione (così **Wach**, *Feststellungsanspruch*, pagg. 36 e 39 — **Schmidt**, *Lehrbuch*, pagg. 687 e segg., e *Die Aenderungen des Civilprozessrechts nach den Novellen des Jahres 1898*, Leipzig, 1898, pagg. 82 e segg.); quando manca la comminatoria specifica della sentenza di condanna, l'esecuzione non è mai possibile, quindi, neppure in questo caso (così **Weismann**, *Feststellungsklage*, pag. 119; — **Langheineken**, *Urteilsanspruch*, pagine 141-142; — **Helwigg**, *Anspruch und Klagrecht*, pag. 118-119; *Lehrbuch*, pagg. 58-59; — **Kisch**, *Beiträge*, pag. 21 testo e nota 23; — **Stein**, *Die Voraussetzungen des Rechtsschutzes*, p. 129). Noi riteniamo però possibile una sentenza di condanna a prestazione *futura* quando la prestazione è dovuta *incondizionatamente*, ad una scadenza fissa e predeterminata (sempre, s'intende, quando vi sia interesse alla condanna immediata: in questo caso è possibile, fin dal principio un ordine di prestazione con comminatoria di esecuzione forzata, in caso di inadempimento. In questo senso, sostanzialmente, i §§ 257-259 della nuova ordinanza germanica, sui quali v. **Weismann**, *Lehrbuch*, pag. 58; — **Kisch**, *Beiträge*, pagg. 20 e segg.; — **Helwigg**, *Lehrbuch*, pagg. 370 e segg.

(13) Nel senso del testo: **Weismann**, *Feststellungsklage*, pag. 116 e segg.; *Hauptintervention und Streitgenossenschaft*, pag. 79, nota 10; — **Langheineken**, *Ur-*

quanto è sentenza, anche la sentenza di condanna è un giudizio logico; la comminatoria è già un *atto preparatorio dell' esecuzione.*

Eliminata dunque la categoria delle *sentenze costitutive*, alla tricotomia delle sentenze comunemente ammessa, noi sostituiamo la dicotomia: *sentenze pure e semplici*, o *sentenze di accertamento*; *sentenze esecutive* o *sentenze di condanna*. Le sentenze dette costitutive, di solito, assumono la forma di sentenze di semplice accertamento, senza che sia esclusa però in qualche caso la possibilità che, aggiunta all' accertamento la comminatoria specifica di esecuzione forzata, esse si presentino anche come sentenze di condanna.

**64.** Oltre a questa, altre distinzioni sono naturalmente possibili; una delle più importanti è quella che prende a base della classificazione la *natura del rapporto* su cui pronuncia la sentenza, ossia l'*oggetto* o *materia* della sentenza. Qui le distinzioni potrebbero moltiplicarsi, essendo, alla sua volta, la classificazione dei rapporti suscettibile di svariatissime distinzioni: ma noi intendiamo alludere alla ripartizione dei rapporti, per noi più interessante, in *rapporti di diritto materiale* e *rapporti di diritto processuale* (rapporti *primari* e *secondari*). Da questo punto di vista, la classificazione delle sentenze ci dà due categorie principali di decisioni:

*A)* Sentenze che pronunciano su rapporti di diritto materiale, ossia, come si dice comunemente, *sul merito*;

*B)* Sentenze che pronunciano su rapporti di diritto processuale, ossia, secondo l'espressione comune, *sulla forma.*

Queste, alla loro volta, si possono distinguere in:

*a)* Sentenze che pronunciano sul diritto ad ottenere la sentenza sul merito (le così dette sentenze sui *presupposti processuali*);

*b)* Sentenze che pronunciano sul diritto ad ottenere un determinato mezzo di prova;

---

*teilsanspruch*, pagg. 203 e segg.; — **Helwigg**, *Anspruch und Klagrecht*, pagine 348 e segg.; *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, pagg. 5 e segg.; *Lehrbuch*, pagg. 47 e 368; — **Stein**, *Das Civilprozessrecht*, nella *Birkmeyer's Encyclopädie*, pag. 1172; — **Cammeo**, *L'azione del cittadino*, pag. 16, sub 4.

*c)* Sentenze che pronunciano sul diritto ad ottenere un determinato atto esecutivo, definitivo o semplicemente provvisorio (per es.: un sequestro).

**65.** Un'altra distinzione, pure importante, è quella che parte dal punto di vista dei *rapporti fra la sentenza e il processo nel corso del quale è pronunciata.* Sotto questo punto di vista le sentenze possono distinguersi in:

*A)* Sentenze *finali* o, meno bene, *definitive*, le quali *chiudono* il processo: queste si possono suddividere in:

*a)* Sentenze finali che pronunciano sul rapporto materiale; è questo il caso normale, in cui la sentenza decide definitivamente la lite;

*b)* Sentenze finali che pronunciano su rapporti processuali: ciò avviene quando, pronunciando sul diritto ad ottenere la sentenza sul merito, il giudice *neghi* questo diritto all'attore, sia per mancanza di *capacità* processuale, sia per *mancanza di interesse*, sia per mancanza nel giudice stesso della facoltà di decidere la lite (incompetenza per valore, per materia, per territorio) sia per *vizî di forma* nella proposizione dell'azione. In tutti questi casi il giudice *mette fine al processo senza pronunciare sul rapporto materiale*, il quale resta impregiudicato, e può essere di nuovo sottoposto all'esame del giudice.

*B) Sentenze interlocutorie,* in senso lato, le quali *non chiudono il processo*, ma decidono una questione *nel corso del processo*: quindi una *questione singola.* Queste sentenze si possono distinguere in:

*a)* Sentenze che pronunciano sopra un *singolo rapporto di diritto materiale (interlocutorie in senso stretto).* È possibile una divisione del ragionamento del giudice sul merito: quando il magistrato decide un singolo punto del merito, che è maturo a decisione, si ha una *sentenza interlocutoria sul merito*; queste sentenze nel processo comune si chiamavano *interlocutiones vim definitivae habentes* (14).

---

(14) Cfr. la eccellente trattazione del **Menestrina**, *La pregiudiciale*, pagg. 53 e segg. e gli autori ivi citati, a cui si può aggiungere ora **Kleinfeller**, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, pagg. 218 e segg. — **Mattirolo**, *Trattato di diritto giudiziario civile*, III, pag. 23 e segg., n[i] 28 e segg., passa sotto silenzio questa specie di sentenze interlocutorie.

*b)* Sentenze che pronunciano nel corso del processo su un *singolo rapporto di diritto processuale* (sentenze *incidentali* o anche *preparatorie*) (15): le quali si suddividono in:

1° sentenze incidentali sul diritto ad ottenere la sentenza: così, ad es.: le sentenze che pronunciano sulla incompetenza (art. 189);

2° sentenze incidentali sul diritto ad ottenere un mezzo di prova;

3° sentenze incidentali sul diritto ad ottenere un provvedimento esecutivo, di natura provvisoria.

La distinzione delle sentenze in *finali* o *definitive* ed *interlocutorie*, che ha avuto, ed ha, ancora, in altre legislazioni, grande importanza pratica, specialmente riguardo alla possibilità dell'*appello*, non ne conserva oramai alcuna nel nostro vigente diritto positivo; giacchè assai opportunamente, considerando le gravi difficoltà, a cui la pratica anteriore era andata incontro, il Codice italiano di procedura civile ha bandito ogni differenza di appellabilità tra sentenze e sentenze, dichiarandole appellabili tutte, anche le interlocutorie, qualunque sia la loro natura (articolo 481, Cod. proc. civ.) (16). E diciamo opportuna questa disposizione, perchè, volendo tener fermo il principio del doppio grado di giurisdizione per tutte le questioni concernenti il *merito* della controversia, la distinzione tra interlocutorie che *pregiudicano il merito* e *interlocutorie che non pregiudicano* il merito, si imponeva come una assoluta necessità logica e pratica. Ma è noto quante difficoltà abbia offerto alla dottrina ed alla giurisprudenza francese questa distinzione: difficoltà dipendenti dalla natura delle cose e quindi del tutto insuperabili. Se, da un punto di vista *astratto* la decisione *sulla forma* (incidentale) è nettamente distinta dalla decisione *sul merito*, *praticamente* e *di fatto* è impossibile che l'una non abbia sull'altra nessuna influenza. È qui addirittura il problema della importanza della *forma* per la *sostanza* nel processo civile che si

---

(15) Una terminologia diversa, ma in verità, non ben giustificata, in **Mattirolo**, op. cit., loc. cit.

(16) Cfr. **Mortara**, *Commentario*, II, pagg. 780 e segg. — **Mattirolo**, *Trattato*, IV, pag. 16, n. 19.

presenta: ora che questa importanza vi sia e sia grande, è dimostrato appunto dal fatto che, malgrado gli inevitabili inconvenienti, a cui dànno luogo le forme nell'accertamento e nella realizzazione del diritto, il principio del formalismo nel processo è ricevuto in tutte le legislazioni e ritenuto come una indeclinabile necessità della dottrina e della pratica (17). Astrattamente dunque *nessuna* decisione su un mero rapporto processuale dovrebbe pregiudicare il fatto: *in fatto*, tutte lo pregiudicano. La distinzione quindi tra interlocutorie che pregiudicano e interlocutorie che non pregiudicano il merito, diviene praticamente inapplicabile, e al legislatore non resta che fare alle sentenze interlocutorie lo stesso trattamento, che alle definitive (18).

**66.** Un'altra distinzione delle sentenze parte dal criterio della loro *impugnabilità*, ossia della possibilità, o meno, di ottenere, in limiti più o meno larghi, un nuovo esame sulla questione decisa. Si osservi a questo proposito che la *impugnabilità* è altra cosa della *retrattabilità* o anche *revocabilità*, che consiste nella facoltà dello stesso organo giurisdizionale, che ha emesso una decisione, di ritornarvi sopra ad istanza dell'interessato o anche d'ufficio (19): questo principio non trova mai applicazione riguardo alla sentenza, che, come tale, è sempre irretrattabile per il giudice che la pronunciò. La sentenza può essere invece: *impugnabile*, se ancora è aperta contro di essa una via di ricorso (opposizione, appello o Cassazione): *non impugnabile*, se *non sono affatto* o *non sono più* possibili vie di ricorso contro di essa. La non impugnabilità della sentenza costituisce quella che i Tedeschi chiamano la *forza legale formale* della sentenza *(formelle Rechtskraft)*, cioè l'*efficacia obbligatoria* della sentenza rispetto al processo, *di cui fa parte* (o meglio si direbbe, il *presupposto formale della cosa giudicata)*, in contrapposto alla *forza legale materiale (materielle Rechtskraft)*, cioè l'*effi-*

---

(17) Cfr. le giuste osservazioni di **Menestrina**, *La pregiudiciale*, pag. 51.

(18) Nel senso del testo: **Mortara**, *Commentario*, II, pag. 782. — Contr. **Mattirolo**, *Trattato*, IV, pag. 17, n. 20.

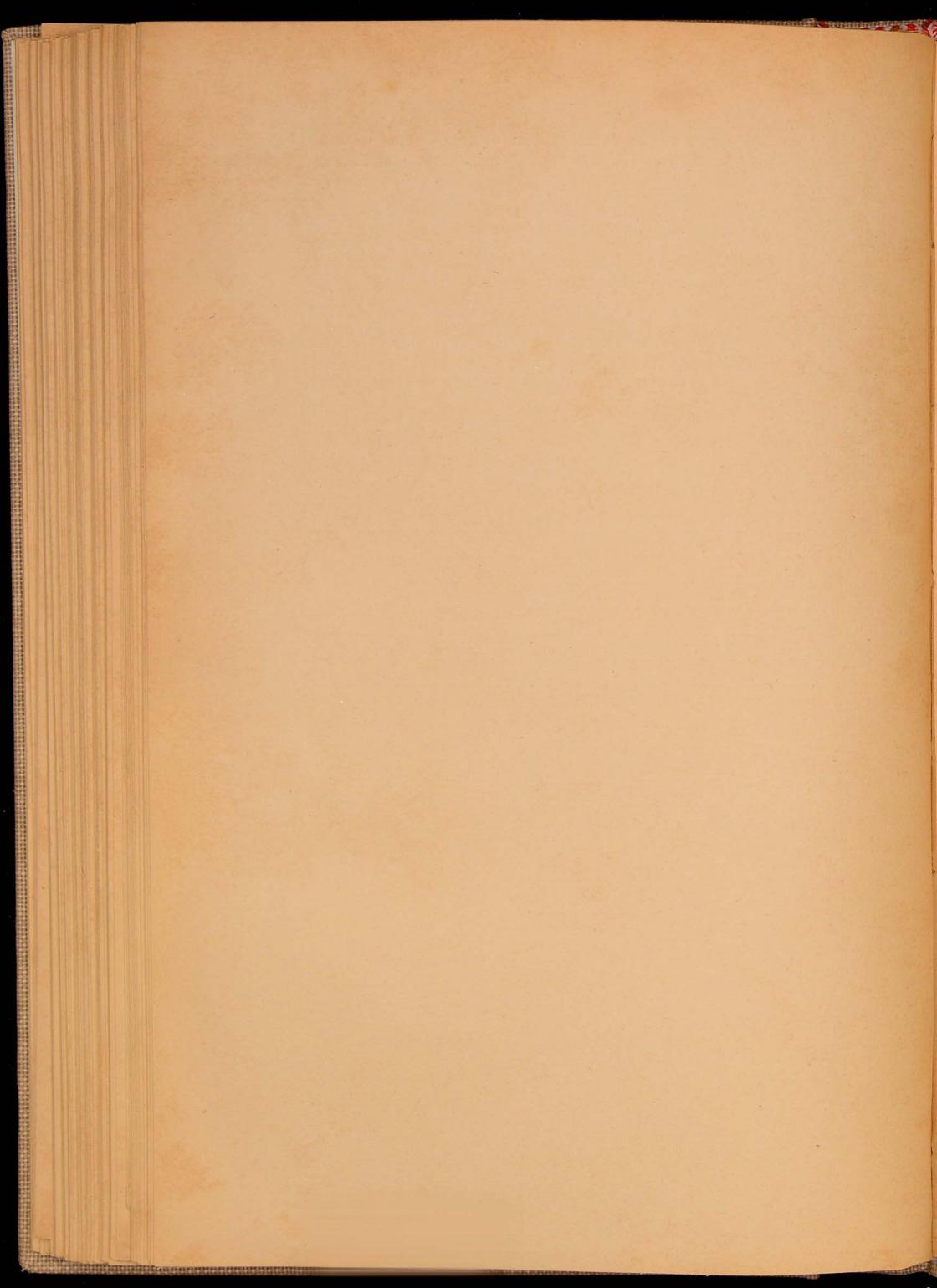
(19) Cfr. **Weismann**, *Lehrbuch*, pagg. 310 e 312.

*cacia obbligatoria* della sentenza rispetto *ad un altro processo* (noi diremmo: l'*autorità di cosa giudicata* dalla sentenza), per la quale occorre, inoltre, la identità tra il *rapporto* accertato e quello da accertare, in tutti i suoi elementi (subietto, obietto, causa giuridica).

**67.** Ricordiamo ancora la distinzione che può farsi delle sentenze rispetto alla loro *forza esecutiva*, in *sentenze esecutive* e *sentenze non esecutive*, giacchè, per il sistema del doppio grado di giurisdizione vigente nel nostro diritto, non tutte le sentenze sono eseguibili, ma solo quelle *che non siano soggette ad opposizione o ad appello*, e quelle dichiarate dal giudice *provvisoriamente eseguibili* (20).

**68.** Infine, ulteriori distinzioni fra le sentenze si possono fare secondo che siano state, o non, precedute da *contradittorio* (sentenze in *contradittorio* e sentenze *contumaciali*), abbiano *accertato* o *negato* l'esistenza del rapporto (sentenze *affermative* e *negative*), siano state pronunciate in *materia civile* o *commerciale* (sentenze *civili* e *commerciali*), e via dicendo, secondo i diversi criterî presi a base della distinzione, i quali si possono, con facilità, moltiplicare.

---

(20) **Mortara**, *Manuale*, II, pag. 183; — **Mattirolo**, *Trattato*, V, pag. 212, n. 257; — **De Palo**, *Titolo esecutivo*, pag. 123 e segg.

# INDICE ANALITICO-ALFABETICO

# INDICE DEI TESTI DI LEGGE CITATI

## Codice di procedura civile.

## Disposizioni preliminari al Codice civile.



## Codice civile.

## Codice di commercio.

## Codice penale.



---

## Legge sul contenzioso amministrativo
(allegato E alla legge 20 marzo 1865, n. 2248)



---

## Legge sul Consiglio di Stato
(testo unico approvato con R. D. 2 giugno 1889, n. 6166, serie 3ª).



---

## Legge sulla riforma del procedimento sommario
(31 marzo 1901, n. 107).



---

## Regolamento generale giudiziario
(approvato con R. D. 14 dicembre 1865, n. 2641).



---

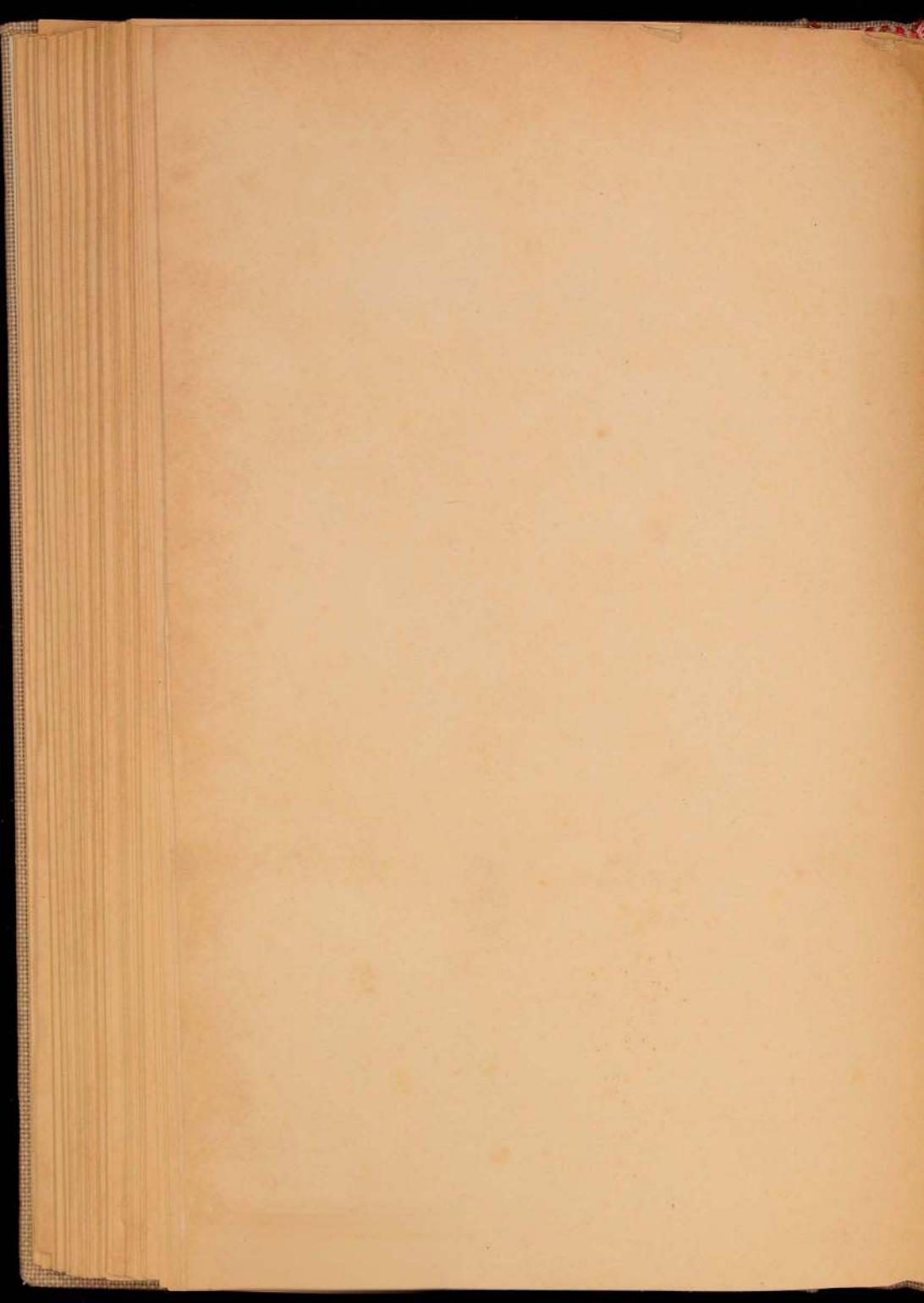
## Disposizioni per l'attuazione della legge 31 marzo 1901, n. 107
(approvate con R. D. 31 agosto 1901, n. 413).



---

# CORREZIONI

---

a pag. 4 riga 34 invece di *des* leggi *der*.
„ 7 „ 37 „ HELWIGG „ HELLWIG.
„ 8 „ 35 „ *Wechsel beziehung* „ *Wechselbeziehung*.
„ „ „ 38 „ *Vergutungszinsen* „ *Vergütungszinsen*.
„ 10 „ 13 „ HELWIGG „ HELLWIG.
„ „ „ 26 „ *der* „ *des*.
„ 18 „ 7 „ *ai quali* „ *dal quale*.
„ „ „ 9; 19, riga 12; 21, riga 33; 24, riga 37; 29, riga 19, invece di HELWIGG leggi HELLWIG.
„ 29 „ 20 invece di *Klagmögtlichkeit* leggi *Klagmöglichkeit*.
„ 36 „ 24; 85, righe 28 e 34; 86, righe 27 e 35; 88, riga 33; 93, righe 19 e 24; 98, riga 32; 103, riga 35; 104, riga 36; 107, riga 32; 141, riga 34; 142, riga 30; 143, righe 3, 26, 32, 33, 34; 144, riga 19; 146, riga 35; 153, riga 36; 162, righe 29, 39; 163, riga 31, invece di HELWIGG leggi HELLWIG.
158, riga 31; 159, riga 30, invece di HELMANN leggi HELLMANN.

...olo, Istituz. di diritto giudiziario civile italiano. 2ª ediz. L. 12. —

...arle, Le origini del Diritto romano . . . . . . . . . . „ 12. —

„ 48-49. **Chironi**, Istituzioni di Diritto civile italiano. 2 vol. in-8° (esaurito).

„ 50. **Armissoglio**, Gli impianti elettrici. 1 vol. in-8° . . . . . . „ 4. —

„ 51. **Pincherli E.**, Il Codice penale italiano annotato. 1 vol. in-8° „ 10. —

„ 52. **Ramponi L.**, La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . „ 7. —

„ 53. **Frola P. E.**, Delle ingiurie e diffamazioni specialmente in tema di stampa secondo il codice penale italiano (esaurito).

„ 54. **Chironi**, Questioni di diritto. 1 vol. in-8° . . . . . . . . „ 12. —

„ 55. **Schanzer C.**, Il diritto di guerra e dei trattati negli stati a governo rappresentativo, con particolare riguardo all'Italia . . „ 5. —

„ 56-57. **Esperson**, Condizione giuridica dello straniero. 2 vol. . „ 18. —

„ 58. **Brezzo**, La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori (esaurito).

„ 59. **Meucci**, Instituzioni di diritto amministrativo. 5ª ediz. . . „ 12. —

„ 60. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. Vol. I°. 2ª edizione „ 10. —

„ 61. **Friedberg** e **Ruffini**, Trattato di diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . „ 15. —

„ 62. **Formiggini**, La stima nella conclusione dei contratti . . . „ 8. —

„ 63. **Ramella**, Le società di commercio in rapporto alla legge penale „ 7. —

„ 64. **Alimena B.**, I limiti e i modificatori dell'imputabilità. Vol. I° (esaurito).

„ 65. **Chironi**, Trattato dei privilegi, ipoteche e pegno. Vol. I°, in-8° „ 14. —

„ 66. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. Vol. II°, 2ª edizione „ 14. —

„ 67. **Galluppi**, Teoria dell'opposizione del Terzo come mezzo per impugnare le sentenze. . . . . . . . . . . . . . . . . . „ 8. —

„ 68. **Brondi**, Le pubbliche amministrazioni e la gestione d'affari „ 6. —

„ 69. **Paternò L.**, La comunione dei beni nel codice civile italiano „ 14. —

„ 70. **Pincherli E.**, La prova per testimoni nei processi penali . . „ 2. 50

„ 71. **Ramella A.**, Trattato sulla corrispondenza in materia civile e commerciale . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . „ 10. —

„ 72. **Isnardi**, Principio e termine della personalità dell'individuo „ 3. 50

„ 73. **Alimena B.**, I limiti e i modificatori dell'imputabilità. Vol. II° „ 12. —

„ 74. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. (Vedi sopra N° 66).

„ 75. **Krafft-Ebing**, Trattato di psicopatologia forense. . . . . „ 12. —

„ 76. **Graziani**, Istituzioni di Scienza delle finanze . . . . . . „ 12. —

„ 77. **Ramella**, I giornali e la legge commerciale . . . . . . . „ 3. 50

„ 78. **Durando**, Il tabellionato o notariato . . . . . . . . . . „ 6. —

„ 79. **Gabba**, Questioni di diritto reale e personale . . . . . . . „ 7. 50

„ 80-81. **Mori**, L'Amministrazione delle società anonime. 2 vol. . „ 15. —

„ 82. **Tedeschi**, I contratti di borsa differenziali . . . . . . . . „ 4. —

„ 83. **Bruschettini**, Trattato dei titoli al portatore . . . . . . . „ 10. —

„ 84. **Losana**, La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . „ 5. —

„ 85. **Gabba**, Questioni di diritto successorio e contrattuale . . „ 8. —

„ 86. **Princivalle**, Le tasse di registro. Vol. I° . . . . . . . . „ 6. —

„ 87. **Rocco**, Le società commerciali in rapporto al giudizio civile „ 4. —

Nº 88. **Vivante,** Trattato di diritto commerciale. Vol. IIIº, 2ª ediz. . L. 16.—
„ 89. **Pacelli,** Le acque pubbliche e i diritti dello Stato e dei privati „ 5.—
„ 90. **Ferri,** Difese penali e studi di giurisprudenza . . . . . . „ 9.—
„ 91. **Abello,** L'ipoteca testamentaria . . . . . . . . . . . . „ 4.—
„ 92. **Masè-Dari,** Il bilancio dello stato . . . . . . . . . . . „ 5.—
„ 93. **Mazza,** La condizione illecita nei testamenti . . . . . . „ 4.—
„ 94. **Alimena,** I limiti e modificatori dell'imputabilità. Vol. 3º . „ 12.—
„ 95-96. **Princivalle,** Le tasse di registro. Vol. 2º (in 2 parti) . . „ 15.—
„ 97. **Trione,** Gli stati civili nei loro rapporti giuridici coi popoli barbari e semibarbari . . . . . . . . . . . . . . . „ 6.—
„ 98. **Brusa,** Codice di procedura penale norvegese . . . . . . „ 4.—
„ 99. **Lombroso,** Lezioni di medicina legale, con 74 fig. . . . . „ 12.—
„ 100. **Giannini,** Azioni ed eccezioni cambiarie (2ª edizione della Cambiale in giudizio) . . . . . . . . . . . . . . . „ 7.—
„ 101. **Codovilla,** La legge sulle Camere di Commercio, 6 luglio 1862 „ 2.—
„ 102. **Vivante,** Trattato di diritto commerciale. Vol. IV, 2ª ediz. . „ 22.—
„ 103. **Navarrini,** I magazzini generali nella loro costituzione e nelle loro funzioni . . . . . . . . . . . . . . . . „ 6.—
„ 104. **Chiovenda,** La condanna nelle spese giudiziali . . . . . „ 10.—
„ 105. **Ferreri,** L'asta pubblica nei contratti dei comuni . . . . „ 4.—
„ 106. **Chironi.** Trattato dei Privilegi delle Ipoteche e del pegno. Vol. II „ 14.—
„ 107. **Nasi.** La responsabilità civile del tipografo nei reati di diffamazione ed ingiuria . . . . . . . . . . . . . . . „ 5.—
„ 108. **Pincherli,** La vedova . . . . . . . . . . . . . . . „ 5.—
„ 109. **Brunetti,** Del riscatto convenzionale nella compra-vendita. 1902 „ 3.—
„ 110. **Rocco,** Il concordato nel fallimento e prima del fallimento „ 14.—
„ 111. **Nani,** Storia del diritto privato italiano . . . . . . . . „ 12.—
„ 112. **Vivante,** Trattato di diritto commerciale. Vol. IV (vedi s. Nº 102). „ 22.—
„ 113. **Campogrande,** Trattato della fidejussione . . . . . . . „ 14.—
„ 114. **Fubini,** La dottrina dell'errore . . . . . . . . . . . „ 6.—
„ 115. **Arcangeli,** La Società in accomandita semplice . . . . . „ 6.—
„ 116. **Toesca di Castellazzo,** L'offerta al pubblico . . . . . „ 5.—
„ 117. **De Benedetti,** Il ricorso per cassazione . . . . . . . . „ 6.—
„ 118. **Rezzara,** Dei mediatori e del contratto di mediazione . . „ 6.—
„ 119. **Franceschini,** Il patrocinio gratuito . . . . . . . . . „ 18.—
„ 120. **Dernburg,** Diritto delle obbligazioni . . . . . . . . . „ 15.—
„ 121. **Cocito,** Le assicurazioni terrestri . . . . . . . . . . „ 6.—
„ 122. **Chironi** e **Abello,** Trattato di diritto civile ital. Vol. I, Pº Gen. „ 20.—
„ 123. **Atzeri,** La gestione d'affari nella dottrina e nella giurisprudenza „ 10.—
„ 124. **Graziani,** Istituzioni di Economia Politica . . . . . . . „ 12.—
„ 125. **Pola,** Controversie sull'azione penale . . . . . . . . . „ 8.—
„ 126. **Bolchini,** Le pubbliche sottoscrizioni . . . . . . . . . „ 6.—
„ 127. **Gabba,** Nuove questioni di diritto civile, I . . . . . . „ 7.50
„ 128. **Pola,** Commento alla legge sulla condanna condizionale . . „ 5.—
„ 129. **Dernburg,** Diritto di famiglia e diritto dell'eredità . . . . „ 18.—
„ 130. **Fubini,** La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano . . . . . . . . . . . . . . . . „ 12.—